

FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

AIR PASSENGER RIGHTS

Applicant

– and –

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENT,
CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY
(Motion for Mandatory Interlocutory Injunction)**

Volume 2

Allan Matte
Senior Counsel
Legal Services Directorate
Canadian Transportation Agency
15 Eddy Street, 19th Floor
Gatineau, Quebec
K1A 0N9

Tel: 819-953-0611

Fax: 819-953-9269

Allan.Matte@otc-cta.gc.ca

Servicesjuridiques/LegalServicesOTC/CTA@otc-cta.gc.ca

TO: Registrar
Federal Court of Appeal

AND TO: **SIMON LIN**
Evolink Law Group
4388 Still Creek Drive, Suite 237
Burnaby, B.C.
V5C 6C6
Email: simonlin@evolinklaw.com

Counsel for the Applicant

FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

AIR PASSENGER RIGHTS

Applicant

– and –

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENT,
CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY
(Motion for Mandatory Interlocutory Injunction)**

Volume 2

INDEX

Appendix A – Statutes and Regulations

TAB	DOCUMENT
1	<i>Air Passenger Protection Regulations</i> , SOR/2019-150
2	<i>Air Transportation Regulations</i> , SOR/88-58
3	<i>Canada Transportation Act</i> , SC 1996, c 10
4	<i>Federal Courts Act</i> , RSC 1985, c F-7

Appendix B – Case Law

TAB	DOCUMENT
1	<i>Air Canada v Toronto Port Authority et al</i> , 2011 FCA 347
2	<i>Azar v Air Canada</i> , Decision No. 264-C-A-2013 , dated July 10, 2013
3	<i>Canadian Council of Churches v Canada (Minister of Employment and</i>

	<i>Immigration</i>), 1992 CanLII 166 , [1992] 1 S.C.R. 236
4	<i>Canadian National Railway Company v Emerson Milling Inc. et al.</i> , 2017 FCA 79
5	<i>Canadian Pacific Railway Company v Cambridge (City)</i> , 2019 FCA 254
6	<i>CHC Global Operations v Global Pilots Association</i> , 2008 FCA 344
7	<i>Council of Canadians with Disabilities v Via Rail Canada Inc.</i> , 2007 SCC 15 , <i>CLA Vol 3, Tab 16</i>
8	<i>Daniels v Canada</i> , 2016 SCC 12
9	<i>Democracy Watch v Conflict of Interest and Ethics Commissioner</i> , 2009 FCA 15
10	<i>Ewert v Canada</i> , 2018 SCC 30
11	<i>Forner v Professional Institute of the Public Service of Canada</i> , 2016 FCA 35
12	<i>Hryniak v Mauldin</i> , 2014 SCC 7
13	<i>Irving Pulp & Paper v CEP Local 30</i> , 2013 SCC 34
14	<i>Irving Shipbuilding Inc. v Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 116
15	<i>Khalil v Canada (Secretary of State)</i> , 1999 CanLII 9360 (FCA) , <i>CLA Vol. 1, Part C, Tab 17</i>
16	<i>Krause v Canada</i> , 1991 CanLII 9338
17	<i>League of Human Rights of B'Nai Brith Canada v Odynsky</i> , 2010 FCA 307
18	<i>Lukács v Canada (Transportation Agency)</i> , 2014 FCA 76
19	<i>Manitoba (AG) v Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 SCR 110 , <i>CLA Vol. 1, Part B, Tab 9</i>
20	<i>Oleynik v Canada</i> , 2020 FCA 5
21	<i>Prudential Steel ULC v Borusan Mannesmann Boru Sanayi ve Ticaret A.S.</i> , 2017 FCA 173
22	<i>Sawridge Band v Canada</i> , 2004 FCA 16
23	<i>Tsleil-Waututh Nation v Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 153
24	<i>Windsor (City) v Canadian Transit Co.</i> , 2016 SCC 54

Appendix C – Other Documents

TAB	DOCUMENT
1	Bill C-49, <i>An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts</i> , 1st Sess, 42nd Parl, 2018, SC 2018, c 10
2	EC, Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91
3	Canadian Transportation Agency, Determination No. A-2020-42
4	Canadian Transportation Agency, Order No. 2020-A-32

Appendix A

TAB 1



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Air Passenger Protection Regulations

Règlement sur la protection des passagers aériens

SOR/2019-150

DORS/2019-150

Current to April 2, 2020

À jour au 2 avril 2020

Last amended on December 15, 2019

Dernière modification le 15 décembre 2019

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (3) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

...

Inconsistencies in regulations

(3) In the event of an inconsistency between a consolidated regulation published by the Minister under this Act and the original regulation or a subsequent amendment as registered by the Clerk of the Privy Council under the *Statutory Instruments Act*, the original regulation or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to April 2, 2020. The last amendments came into force on December 15, 2019. Any amendments that were not in force as of April 2, 2020 are set out at the end of this document under the heading "Amendments Not in Force".

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (3) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

[...]

Incompatibilité — règlements

(3) Les dispositions du règlement d'origine avec ses modifications subséquentes enregistrées par le greffier du Conseil privé en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires* l'emportent sur les dispositions incompatibles du règlement codifié publié par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 2 avril 2020. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 15 décembre 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 2 avril 2020 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS

Air Passenger Protection Regulations

Definitions and Interpretation

- 1 Definitions — Part II of Act

General

- 2 Carrier liability
3 Persons with disabilities
4 Application to charter flights
5 Simple, clear and concise communication
6 Person authorized to sell tickets
7 Notice at airport

Delay, Cancellation and Denial of Boarding

- 8 Tarmac delay obligations
9 Passenger disembarkation
10 Obligations — situations outside carrier's control
11 Obligations when required for safety purposes
12 Obligations when within carrier's control
13 Information — cancellation, delay, denial of boarding
14 Standards of treatment
15 Denial of boarding — request for volunteers
16 Treatment when boarding is denied
17 Alternate arrangements — within carrier's control
18 Alternate arrangements — outside carrier's control
19 Compensation for delay or cancellation
20 Compensation for denial of boarding
21 Compensation for inconvenience

Assignment of Seats to Children under the Age of 14 Years

- 22 Assigning seats

TABLE ANALYTIQUE

Règlement sur la protection des passagers aériens

Définitions et interprétation

- 1 Définitions — partie II de la Loi

Dispositions générales

- 2 Responsabilité du transporteur
3 Personnes handicapées
4 Vols affrétés
5 Communication en langage simple, clair et concis
6 Personne autorisée à vendre des titres de transport
7 Avis à l'aéroport

Retard, annulation et refus d'embarquement

- 8 Retard sur l'aire de trafic
9 Débarquement des passagers
10 Obligations — situations indépendantes de la volonté du transporteur
11 Obligations — nécessaires par souci de sécurité
12 Obligations — attribuable au transporteur
13 Renseignements fournis à la suite d'un retard, d'une annulation ou d'un refus d'embarquement
14 Normes de traitement
15 Refus d'embarquement — demande de volontaires
16 Normes de traitement des passagers lors du refus d'embarquement
17 Arrangements alternatifs — situation attribuable au transporteur
18 Arrangements alternatifs — situation indépendante de la volonté du transporteur
19 Indemnité pour retard ou annulation de vol
20 Indemnité pour refus d'embarquement
21 Indemnités pour inconvénients

Attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans

- 22 Attribution de sièges

	Baggage		Bagages
23	Lost or damaged baggage	23	Bagage perdu ou endommagé
24	Musical instruments	24	Instruments de musique
	Advertising		Publicité
25	Definitions	25	Définitions
26	Subsection 86.1(2) of the Act	26	Paragraphe 86.1(2) de la Loi
27	Application	27	Application
28	Information in advertisement	28	Renseignements dans la publicité
29	Total price readily determinable	29	Prix total à déterminer aisément
30	Distinction — tax and charges	30	Terminologie — taxe et frais
31	Name of third party charge	31	Nom du tiers
	Administrative Monetary Penalties		Sanctions administratives pécuniaires
32	Designation	32	Désignation
33	Maximum amount payable	33	Montant maximal de la sanction
	Transitional Provisions		Dispositions transitoires
34	Subsection 2(1)	34	Paragraphe 2(1)
	Amendments to these Regulations		Modifications au présent règlement
	Consequential Amendments		Modifications corrélatives
	Air Transportation Regulations		Règlement sur les transports aériens
	Canadian Transportation Agency		Règlement sur les textes désignés (Office des transports du Canada)
	Designated Provisions Regulations		
	Coming into Force		Entrée en vigueur
46	July 15, 2019	46	15 juillet 2019
	SCHEDULE		ANNEXE

Registration
SOR/2019-150 May 22, 2019

CANADA TRANSPORTATION ACT

Air Passenger Protection Regulations

P.C. 2019-584 May 21, 2019

Whereas, pursuant to subsection 36(2) of the *Canada Transportation Act*^e, the Canadian Transportation Agency has given the Minister of Transport notice of the annexed Regulations;

Whereas, pursuant to subsection 86.11(1)^b of the *Canada Transportation Act*^e, the Canadian Transportation Agency has consulted with the Minister of Transport with respect to the annexed Regulations;

And whereas, pursuant to subsection 86.11(2)^b of the *Canada Transportation Act*^e, the Minister of Transport has given the *Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less*^c;

Therefore, the Canadian Transportation Agency, pursuant to subsection 86(1)^d, section 86.1^e and subsections 86.11(1)^b and 177(1)^f of the *Canada Transportation Act*^e, makes the annexed *Air Passenger Protection Regulations*.

Gatineau, April 30, 2019

Enregistrement
DORS/2019-150 Le 22 mai 2019

LOI SUR LES TRANSPORTS AU CANADA

Règlement sur la protection des passagers aériens

C.P. 2019-584 Le 21 mai 2019

Attendu que, conformément au paragraphe 36(2) de la *Loi sur les transports au Canada*^a, l'Office des transports du Canada a fait parvenir au ministre des Transports un avis relativement au règlement ci-après;

Attendu que, conformément au paragraphe 86.11(1)^b de la *Loi sur les transports au Canada*^a, l'Office des transports du Canada a consulté le ministre des Transports relativement au règlement ci-après;

Attendu que, au titre du paragraphe 86.11(2)^b de la *Loi sur les transports au Canada*^a, le ministre des Transports a donné la *Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic*^c,

À ces causes, en vertu du paragraphe 86(1)^d, de l'article 86.1^e et des paragraphes 86.11(1)^b et 177(1)^f de la *Loi sur les transports au Canada*, l'Office des transports du Canada prend le *Règlement sur la protection des passagers aériens*, ci-après.

Gatineau, le 30 avril 2019

^a S.C. 1996, c. 10

^b S.C. 2018, c. 10, s. 19

^c SOR/2019-110

^d S.C. 2018, c. 10, s. 18

^e S.C. 2007, c. 19, s. 27

^f S.C. 2007, c. 19, ss. 49(1) and (2)

^a L.C. 1996, ch. 10

^b L.C. 2018, ch. 10, art. 19

^c DORS/2019-110

^d L.C. 2018, ch. 10, art. 18

^e L.C. 2007, ch. 19, art. 27

^f L.C. 2007, ch. 19, par. 49(1) et (2)

Le président et premier dirigeant de l'Office des transports du Canada,

Scott Streiner
Chairperson and Chief Executive Officer, Canadian Transportation Agency

La vice-présidente de l'Office des transports du Canada,

Elizabeth C. Barker
Vice-Chairperson, Canadian Transportation Agency

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, pursuant to subsection 36(1) of the *Canada Transportation Act*^a, approves the annexed *Air Passenger Protection Regulations*, made by the Canadian Transportation Agency.

Sur recommandation du ministre des Transports et en vertu du paragraphe 36(1) de la *Loi sur les transports au Canada*^a, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil agréee le *Règlement sur la protection des passagers aériens*, ci-après, pris par l'Office des transports du Canada.

^a S.C. 1996, c. 10

^a L.C. 1996, ch. 10

(a) three hours after the aircraft doors have been closed for take-off; and

(b) three hours after the flight has landed, or at any earlier time if it is feasible.

Take-off imminent

(2) However, a carrier is not required to provide an opportunity for passengers to disembark if it is likely that take-off will occur less than three hours and 45 minutes after the doors of the aircraft are closed for take-off or after the flight has landed and the carrier is able to continue to provide the standard of treatment referred to in section 8.

Priority disembarkation

(3) A carrier that allows passengers to disembark must, if it is feasible, give passengers with disabilities and their support person, service animal or emotional support animal, if any, the opportunity to disembark first.

Exceptions

(4) This section does not apply if providing an opportunity for passengers to disembark is not possible, including if it is not possible for reasons related to safety and security or to air traffic or customs control.

Obligations — situations outside carrier's control

10 (1) This section applies to a carrier when there is delay, cancellation or denial of boarding due to situations outside the carrier's control, including but not limited to the following:

- (a) war or political instability;
- (b) illegal acts or sabotage;
- (c) meteorological conditions or natural disasters that make the safe operation of the aircraft impossible;
- (d) instructions from air traffic control;
- (e) a *NOTAM*, as defined in subsection 101.01(1) of the *Canadian Aviation Regulations*;
- (f) a security threat;
- (g) airport operation issues;
- (h) a medical emergency;
- (i) a collision with wildlife;

a) trois heures après la fermeture des portes en prévision du décollage;

b) trois heures après l'atterrissage ou plus tôt si cela est possible.

Décollage imminent

(2) Le transporteur n'est toutefois pas tenu de permettre aux passagers de débarquer de l'aéronef s'il est probable que le décollage aura lieu dans moins de trois heures et quarante-cinq minutes après la fermeture des portes en prévision du décollage ou après l'atterrissage et que le transporteur peut continuer à appliquer les normes de traitement prévues à l'article 8.

Priorité de débarquement

(3) Le transporteur qui permet aux passagers de débarquer de l'aéronef offre, si possible, la priorité de débarquement aux personnes handicapées et, le cas échéant, à leur personne de soutien, à leur animal d'assistance ou à leur animal de soutien émotionnel.

Exceptions

(4) Le présent article ne s'applique pas au transporteur qui n'est pas en mesure de permettre aux passagers de débarquer de l'aéronef notamment pour des raisons de sécurité, de sûreté, de contrôle de la circulation aérienne ou de contrôle douanier.

Obligations — situations indépendantes de la volonté du transporteur

10 (1) Le présent article s'applique au transporteur lorsque le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de sa volonté, notamment :

- a) une guerre ou une situation d'instabilité politique;
- b) un acte illégal ou un acte de sabotage;
- c) des conditions météorologiques ou une catastrophe naturelle qui rendent impossible l'exploitation sécuritaire de l'aéronef;
- d) des instructions du contrôle de la circulation aérienne;
- e) un *NOTAM* au sens du paragraphe 101.01(1) du *Règlement de l'aviation canadien*;
- f) une menace à la sûreté;
- g) des problèmes liés à l'exploitation de l'aéroport;
- h) une urgence médicale;

(j) a labour disruption within the carrier or within an essential service provider such as an airport or an air navigation service provider;

(k) a manufacturing defect in an aircraft that reduces the safety of passengers and that was identified by the manufacturer of the aircraft concerned, or by a competent authority; and

(l) an order or instruction from an official of a state or a law enforcement agency or from a person responsible for airport security.

Earlier flight disruption

(2) A delay, cancellation or denial of boarding that is directly attributable to an earlier delay or cancellation that is due to situations outside the carrier's control, is considered to also be due to situations outside that carrier's control if that carrier took all reasonable measures to mitigate the impact of the earlier flight delay or cancellation.

Obligations

(3) When there is delay, cancellation or denial of boarding due to situations outside the carrier's control, it must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) in the case of a delay of three hours or more, provide alternate travel arrangements, in the manner set out in section 18, to a passenger who desires such arrangements; and

(c) in the case of a cancellation or a denial of boarding, provide alternate travel arrangements in the manner set out in section 18.

Obligations when required for safety purposes

11 (1) Subject to subsection 10(2), this section applies to a carrier when there is delay, cancellation or denial of boarding that is within the carrier's control but is required for safety purposes.

Earlier flight disruption

(2) A delay, cancellation or denial of boarding that is directly attributable to an earlier delay or cancellation that is within that carrier's control but is required for safety purposes, is considered to also be within that carrier's control but required for safety purposes if that carrier took all reasonable measures to mitigate the impact of the earlier flight delay or cancellation.

i) une collision avec un animal sauvage;

j) un conflit de travail chez le transporteur, un fournisseur de services essentiels comme un aéroport ou un fournisseur de services de navigation aérienne;

k) un défaut de fabrication de l'aéronef, qui réduit la sécurité des passagers, découvert par le fabricant de l'aéronef ou par une autorité compétente;

l) une instruction ou un ordre de tout représentant d'un État ou d'un organisme chargé de l'application de la loi ou d'un responsable de la sûreté d'un aéroport.

Perturbation de vols précédents

(2) Le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement qui est directement imputable à un retard ou à une annulation précédent attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur est également considéré comme attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur si ce dernier a pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer les conséquences du retard ou de l'annulation précédent.

Obligations

(3) Lorsque le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur, ce dernier :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13;

b) dans le cas d'un retard de trois heures ou plus, fournit aux passagers qui le désirent des arrangements de voyage alternatifs aux termes de l'article 18;

c) dans le cas d'une annulation ou d'un refus d'embarquement, fournit des arrangements de voyage alternatifs aux termes de l'article 18.

Obligations — nécessaires par souci de sécurité

11 (1) Sous réserve du paragraphe 10(2), cet article s'applique au transporteur dans le cas du retard ou de l'annulation de vol ou du refus d'embarquement qui lui est attribuable, mais qui est nécessaire par souci de sécurité.

Retard, annulation et refus d'embarquement subséquents

(2) Le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement qui est directement imputable à un retard ou à une annulation précédent attribuable au transporteur, mais nécessaire par souci de sécurité, est également considéré comme attribuable au transporteur mais nécessaire par souci de sécurité si le transporteur a pris

Delay

(2) In the case of a delay, the carrier must

- (a)** provide passengers with the information set out in section 13;
- (b)** if a passenger is informed of the delay less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide them with the standard of treatment set out in section 14;
- (c)** if the delay is a delay of three hours or more, provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17, to a passenger who desires such arrangements; and
- (d)** if a passenger is informed 14 days or less before the departure time on their original ticket that the arrival of their flight at the destination that is indicated on that original ticket will be delayed, provide the minimum compensation for inconvenience in the manner set out in section 19.

Cancellation

(3) In the case of a cancellation, the carrier must

- (a)** provide passengers with the information set out in section 13;
- (b)** if a passenger is informed of the cancellation less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide the standard of treatment set out in section 14;
- (c)** provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17; and
- (d)** if a passenger is informed 14 days or less before the original departure time that the arrival of their flight at the destination that is indicated on their ticket will be delayed, provide the minimum compensation for inconvenience in the manner set out in section 19.

Denial of boarding

(4) In the case of a denial of boarding, the carrier must

- (a)** provide passengers affected by the denial of boarding with the information set out in section 13;
- (b)** deny boarding in accordance with section 15 and provide the standard of treatment set out in section 16 to passengers affected by the denial of boarding;
- (c)** provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17; and

Retard

(2) Dans le cas du retard, le transporteur :

- a)** fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13 ;
- b)** si le retard a été communiqué aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;
- c)** s'il s'agit d'un retard de trois heures ou plus, fournit aux passagers qui le désirent des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17;
- d)** s'ils ont été informés quatorze jours ou moins avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial que leur arrivée à la destination indiquée sur ce titre de transport sera retardée, verse aux passagers l'indemnité minimale prévue à l'article 19 pour les inconvénients subis.

Annulation de vol

(3) Dans le cas de l'annulation, le transporteur :

- a)** fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13 ;
- b)** si l'annulation de vol a été communiquée aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;
- c)** fournit des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de à l'article 17;
- d)** s'ils ont été informés quatorze jours ou moins avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial que leur arrivée à la destination indiquée sur ce titre de transport sera retardée, verse aux passagers l'indemnité minimale prévue à l'article 19 pour les inconvénients subis.

Refus d'embarquement

(4) Dans le cas du refus d'embarquement, le transporteur :

- a)** fournit aux passagers concernés les renseignements prévus à l'article 13;
- b)** refuse l'embarquement conformément à l'article 15 et applique à l'égard des passagers concernés les normes de traitement prévues à l'article 16;

TAB 2



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Air Transportation Regulations

Règlement sur les transports aériens

SOR/88-58

DORS/88-58

Current to April 2, 2020

À jour au 2 avril 2020

Last amended on July 15, 2019

Dernière modification le 15 juillet 2019

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (3) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

...

Inconsistencies in regulations

(3) In the event of an inconsistency between a consolidated regulation published by the Minister under this Act and the original regulation or a subsequent amendment as registered by the Clerk of the Privy Council under the *Statutory Instruments Act*, the original regulation or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to April 2, 2020. The last amendments came into force on July 15, 2019. Any amendments that were not in force as of April 2, 2020 are set out at the end of this document under the heading "Amendments Not in Force".

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (3) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

[...]

Incompatibilité — règlements

(3) Les dispositions du règlement d'origine avec ses modifications subséquentes enregistrées par le greffier du Conseil privé en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires* l'emportent sur les dispositions incompatibles du règlement codifié publié par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 2 avril 2020. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 15 juillet 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 2 avril 2020 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS**Regulations Respecting Air Transportation**

1	Short Title
2	Interpretation
3	PART I General
3	Air Services excluded from the Application of Part II of the Act
4	Classification of Aircraft
5	Classification of Air Services
6	Liability Insurance
8.1	Financial Requirements
8.2	Provision of Aircraft with Flight Crew
8.5	Public Disclosure
10	PART II Domestic and International Licences and Reduction in Domestic Services
10	Domestic Licensing
14	Reduction or Discontinuance of Domestic Services
15	International Licensing
16	International Service Exclusions
18	Licence Conditions
21	PART III International Charters
21	DIVISION I General Provisions

TABLE ANALYTIQUE**Règlement concernant les transports aériens**

1	Titre abrégé
2	Définitions
3	PARTIE I Dispositions générales
3	Services aériens exclus de l'application de la partie II de la Loi
4	Classification des aéronefs
5	Classification des services aériens
6	Assurance responsabilité
8.1	Exigences financières
8.2	Fourniture d'aéronefs avec équipage
8.5	Divulgateion au public
10	PARTIE II Licences intérieures et internationales et réduction des services intérieurs
10	Licences intérieures
14	Réduction ou interruption du service intérieur
15	Licences internationales
16	Exemptions — Services internationaux
18	Conditions des licences
21	PARTIE III Services d'affrètement internationaux
21	SECTION I Dispositions générales

21	Operation of International Charters	21	Exécution de services d'affrètement internationaux
23	Powers of the Agency	23	Pouvoirs de l'Office
24	Carriage of Goods in Passenger Charters	24	Transport de marchandises — vols affrétés de passagers
25	Unused Space on Aircraft	25	Espace inoccupé d'un aéronef
26	Charter Permit	26	Permis d'affrètement
28	Notice and Post Facto Reporting	28	Avis et rapport après le fait
31	Evidence and Inspection	31	Preuve et examen
32	Commingling	32	Affrètements communs
33	Flexible Return of Passengers	33	Retour flexible de passagers
34	DIVISION II Passenger Resalable Charters	34	SECTION II Vols affrétés de passagers revendables
34	Charter Permit	34	Permis d'affrètement
76	PART IV [Repealed, SOR/2019-176, s. 13]	76	PARTIE IV [Abrogée, DORS/2019-176, art. 13]
104	PART V Tariffs	104	PARTIE V Tarifs
104	Interpretation	104	Définitions
105	DIVISION I Domestic	105	SECTION I Service intérieur
105	Application	105	Application
106	Exception	106	Exception
107	Contents of Tariffs	107	Contenu des tarifs
107.1	Interest	107.1	Intérêts
108	DIVISION II International	108	SECTION II Service international
108	Application	108	Application
109	Exception	109	Exception
110	Filing of Tariffs	110	Dépôt des tarifs
115	Filing Time	115	Délais

116	Public Inspection of Tariffs	116	Consultation des tarifs
116.1	Display of Terms and Conditions on Internet Sites	116.1	Publication des conditions sur les sites Internet
117	Unit Tolls	117	Taxes unitaires
118	Charter Tolls	118	Taxes d'affrètement
119	Currency	119	Devises
120	Manner of Tariff Filing	120	Modalités de dépôt
122	Contents of Tariffs	122	Contenu des tarifs
124	Supplements	124	Suppléments
125	Symbols	125	Symboles
126	Reference to Orders	126	Renvoi à un arrêté
127	Disallowance	127	Refus
127.1	Rejection	127.1	Rejet
128	Cancellation of Tariffs	128	Annulation des tarifs
129	Suspensions and Disallowances	129	Suspensions et refus
130	Changes in Tariffs	130	Modification des tarifs
131	Terms and Conditions of Tariffs	131	Conditions des tarifs
132	Routing Guides	132	Répertoire des itinéraires
133	Concurrences	133	Adhésions
134	Powers of Attorney	134	Procurations
135	Adopted Tariffs	135	Tarifs adoptés
136	PART VI Service Schedules	136	PARTIE VI Indicateurs
136	Application	136	Application
136.1	Validity of Service Schedules	136.1	Prise d'effet des indicateurs
137	Filing of Service Schedules	137	Dépôt des indicateurs
139	Contents of Service Schedules	139	Contenu des indicateurs
140	Form of Service Schedules	140	Présentation des indicateurs
141	Public Inspection of Service Schedules	141	Consultation des indicateurs
142	Operating Without Filing Amendments	142	Exploitation sans dépôt préalable de modification

143	Operations Without Filing Amendments	143	Exploitation sans dépôt préalable de modification
144	Timetables	144	Horaires
145	PART VII Terms and Conditions of Carriage of Persons	145	PARTIE VII Conditions de transport des personnes
145	Interpretation	145	Définitions
146	Application	146	Application
147	Services	147	Services
152	Administration	152	Administration
155	Damaged or Lost Aid	155	Aide perdue ou endommagée
156	Filing an Application for Inquiry	156	Dépôt d'une demande d'enquête
	SCHEDULE I Certificate of Insurance		ANNEXE I Certificat d'assurance
	SCHEDULE II		ANNEXE II
	SCHEDULE III Public Notice		ANNEXE III Avis public
	SCHEDULE IV Filing Advice		ANNEXE IV Avis de dépôt de tarif
	SCHEDULE V Specific Concurrence		ANNEXE V Certificat d'adhésion spécifique
	SCHEDULE VI Limited Concurrence		ANNEXE VI Certificat d'adhésion limitée
	SCHEDULE VII General Concurrence		ANNEXE VII Certificat d'adhésion générale

SCHEDULE VIII

Notice of Revocation

ANNEXE VIII

Avis de révocation du certificat
d'adhésion

SCHEDULE IX

Power of Attorney

ANNEXE IX

Procuration

SCHEDULE X

Power of Attorney

ANNEXE X

Procuration

SCHEDULE XI

Revocation of Power of Attorney

ANNEXE XI

Avis de révocation de procuration

SCHEDULE XII

Adoption Notice

ANNEXE XII

Avis d'adoption

SCHEDULE XIII

ANNEXE XIII

Registration
SOR/88-58 December 31, 1987

CANADA TRANSPORTATION ACT

Air Transportation Regulations

P.C. 1987-2724 December 31, 1987

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, pursuant to section 102 of the *National Transportation Act, 1987*, is pleased hereby to approve the annexed *Regulations respecting air transportation* made by the National Transportation Agency.

Enregistrement
DORS/88-58 Le 31 décembre 1987

LOI SUR LES TRANSPORTS AU CANADA

Règlement sur les transports aériens

C.P. 1987-2724 Le 31 décembre 1987

Sur avis conforme du ministre des Transports et en vertu de l'article 102 de la *Loi nationale de 1987 sur les transports*, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil d'approuver le *Règlement concernant les transports aériens*, ci-après, pris par l'Office national des transports.

* S.C. 1987, c. 34

* S.C. 1987, ch. 34

Regulations Respecting Air Transportation

Short Title

1 These Regulations may be cited as the *Air Transportation Regulations*.

Interpretation

2 In these Regulations and Part II of the Act,

ABC/ITC [Repealed, SOR/2019-176, s. 1]

ABC/ITC (domestic) [Repealed, SOR/96-335, s. 1]

accommodation means sleeping facilities provided on a commercial basis to the general public; (*logement*)

Act means the *Canada Transportation Act*; (*Loi*)

advance booking charter or **ABC** [Repealed, SOR/2019-176, s. 1]

advance booking charter (domestic) or **ABC (domestic)** [Repealed, SOR/96-335, s. 1]

air carrier means any person who operates a domestic service or an international service; (*transporteur aérien*)

air crew means the flight crew and one or more persons who, under the authority of an air carrier, perform in-flight duties in the passenger cabin of an aircraft of the air carrier; (*personnel d'aéronef*)

aircrew [Repealed, SOR/96-335, s. 1]

all-cargo aircraft means an aircraft that is equipped for the carriage of goods only; (*aéronef tout-cargo*)

back-to-back flights [Repealed, SOR/96-335, s. 1]

base [Repealed, SOR/96-335, s. 1]

business office, with respect to an air carrier, includes any place in Canada where the air carrier receives goods for transportation or offers passenger tickets for sale, but does not include an office of a travel agent; (*bureau*)

Canadian charter carrier licensee [Repealed, SOR/2019-176, s. 1]

certificated maximum carrying capacity means

Règlement concernant les transports aériens

Titre abrégé

1 *Règlement sur les transports aériens*.

Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement et à la partie II de la Loi.

aéronef moyen Aéronef équipé pour le transport de passagers et ayant une capacité maximale certifiée de plus de 39 passagers sans dépasser 89 passagers. (*medium aircraft*)

aéronef tout-cargo Aéronef équipé exclusivement pour le transport de marchandises. (*all-cargo aircraft*)

affréteur des États-Unis [Abrogée, DORS/2019-176, art. 1]

autorisation [Abrogée, DORS/96-335, art. 1(F)]

base [Abrogée, DORS/96-335, art. 1]

bureau Est assimilé à un bureau du transporteur aérien tout endroit au Canada où celui-ci reçoit des marchandises en vue de leur transport ou met en vente des billets de passagers. La présente définition exclut les bureaux d'agents de voyages. (*business office*)

capacité maximale certifiée Selon le cas :

a) le nombre maximum de passagers précisé sur la fiche de données d'homologation de type ou la fiche de données de certificat de type délivrée ou acceptée pour les type et modèle d'aéronef par l'autorité compétente canadienne,

b) pour un aéronef ayant été modifié pour recevoir un plus grand nombre de passagers, le nombre maximum de passagers précisé sur l'homologation de type supplémentaire ou le certificat de type supplémentaire délivré ou accepté par l'autorité compétente canadienne. (*certificated maximum carrying capacity*)

cinquième liberté [Abrogée, DORS/2019-176, art. 1]

équipage Une ou plusieurs personnes qui, pendant le temps de vol, agissent à titre de commandant de bord, de

Exception

106 The holder of a domestic licence in respect of a domestic service that serves the transportation needs of the bona fide guests, employees and workers of a lodge operation, including the transportation of luggage, materials and supplies of those guests, employees or workers, is excluded, in respect of the service of those needs, from the requirements of section 67 of the Act.

SOR/96-335, s. 53.

Contents of Tariffs

107 (1) Every tariff shall contain

- (a)** the name of the issuing air carrier and the name, title and full address of the officer or agent issuing the tariff;
- (b)** the tariff number, and the title that describes the tariff contents;
- (c)** the dates of publication, coming into effect and expiration of the tariff, if it is to expire on a specific date;
- (d)** a description of the points or areas from and to which or between which the tariff applies;
- (e)** in the case of a joint tariff, a list of all participating air carriers;
- (f)** a table of contents showing the exact location where information under general headings is to be found;
- (g)** where applicable, an index of all goods for which commodity tolls are specified, with reference to each item or page of the tariff in which any of the goods are shown;
- (h)** an index of points from, to or between which tolls apply, showing the province or territory in which the points are located;
- (i)** a list of the airports, aerodromes or other facilities used with respect to each point shown in the tariff;
- (j)** where applicable, information respecting prepayment requirements and restrictions and information respecting non-acceptance and non-delivery of goods, unless reference is given to another tariff number in which that information is contained;
- (k)** a full explanation of all abbreviations, notes, reference marks, symbols and technical terms used in the tariff and, where a reference mark or symbol is used on a page, an explanation of it on that page or a

Exception

106 Le titulaire d'une licence intérieure pour l'exploitation d'un service intérieur servant à répondre aux besoins de transport des véritables clients, employés et travailleurs d'un hôtel pavillonnaire, y compris le transport de leurs bagages, matériel et fournitures, est exempté des exigences de l'article 67 de la Loi à l'égard de ce service.

DORS/96-335, art. 53.

Contenu des tarifs

107 (1) Tout tarif doit contenir :

- a)** le nom du transporteur aérien émetteur ainsi que le nom, le titre et l'adresse complète du dirigeant ou de l'agent responsable d'établir le tarif;
- b)** le numéro du tarif et son titre descriptif;
- c)** les dates de publication et d'entrée en vigueur ainsi que la date d'expiration s'il s'applique à une période donnée;
- d)** la description des points ou des régions en provenance et à destination desquels ou entre lesquels il s'applique;
- e)** s'il s'agit d'un tarif pluritransporteur, la liste des transporteurs aériens participants;
- f)** une table des matières donnant un renvoi précis aux rubriques générales;
- g)** s'il y a lieu, un index de toutes les marchandises pour lesquelles des taxes spécifiques sont prévues, avec renvoi aux pages ou aux articles pertinents du tarif;
- h)** un index des points en provenance et à destination desquels ou entre lesquels s'appliquent les taxes, avec mention de la province ou du territoire où ils sont situés;
- i)** la liste des aérodromes, aéroports ou autres installations utilisés pour chaque point mentionné dans le tarif;
- j)** s'il y a lieu, les renseignements concernant les exigences et les restrictions de paiement à l'avance ainsi que le refus et la non-livraison des marchandises; toutefois, ces renseignements ne sont pas nécessaires si un renvoi est fait au numéro d'un autre tarif qui contient ces renseignements;

reference thereon to the page on which the explanation is given;

(l) the terms and conditions governing the tariff, generally, stated in such a way that it is clear as to how the terms and conditions apply to the tolls named in the tariff;

(m) any special terms and conditions that apply to a particular toll and, where the toll appears on a page, a reference on that page to the page on which those terms and conditions appear;

(n) the terms and conditions of carriage, clearly stating the air carrier's policy in respect of at least the following matters, namely,

- (i)** the carriage of persons with disabilities,
- (ii)** the carriage of children,
- (iii)** unaccompanied minors, including those who are travelling under the carrier's supervision,
- (iv)** the assignment of seats to children who are under the age of 14 years,
- (v)** failure to operate the service or failure to operate the air service according to schedule,
- (vi)** flight delay,
- (vii)** flight cancellation,
- (viii)** delay on the tarmac,
- (ix)** denial of boarding,
- (x)** the re-routing of passengers,
- (xi)** whether the carrier is bound by the obligations of a large carrier or the obligations of a small carrier that are set out in the *Air Passenger Protection Regulations*,
- (xii)** refunds for services purchased but not used, whether in whole or in part, either as a result of the client's unwillingness or inability to continue or the air carrier's inability to provide the service for any reason,
- (xiii)** ticket reservation, cancellation, confirmation, validity and loss,
- (xiv)** refusal to transport passengers or goods,
- (xv)** method of calculation of charges not specifically set out in the tariff,

k) l'explication complète des abréviations, notes, appels de notes, symboles et termes techniques employés dans le tarif et, lorsque des appels de notes ou des symboles figurent sur une page, leur explication sur la page même ou un renvoi à la page qui en donne l'explication;

l) les conditions générales régissant le tarif, énoncées en des termes qui expliquent clairement leur application aux taxes énumérées;

m) les conditions particulières qui s'appliquent à une taxe donnée et, sur la page où figure la taxe, un renvoi à la page où se trouvent les conditions;

n) les conditions de transport, dans lesquelles est énoncée clairement la politique du transporteur aérien concernant au moins les éléments suivants :

- (i)** le transport des personnes handicapées,
- (ii)** le transport des enfants,
- (iii)** les mineurs non accompagnés, notamment ceux qui voyagent sous la supervision du transporteur,
- (iv)** l'attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans,
- (v)** l'inexécution du service aérien ou le non-respect de l'horaire prévu pour le service aérien,
- (vi)** les vols retardés,
- (vii)** les vols annulés,
- (viii)** les retards sur l'aire de trafic,
- (ix)** les refus d'embarquement,
- (x)** le réacheminement des passagers,
- (xi)** si le transporteur est tenu de respecter les obligations applicable aux gros transporteur ou aux petits transporteurs qui sont prévues par le *Règlement sur la protection des passagers aériens*,
- (xii)** le remboursement des services achetés mais non utilisés, intégralement ou partiellement, par suite de la décision du client de ne pas poursuivre son trajet ou de son incapacité à le faire, ou encore de l'inaptitude du transporteur aérien à fournir le service pour une raison quelconque,
- (xiii)** la réservation, l'annulation de vol, la confirmation, la validité et la perte des billets,

(xvi) the carriage of baggage including the loss, delay or damaging of baggage,

(xvii) the transportation of musical instruments,

(xviii) limits of liability respecting passengers and goods,

(xix) exclusions from liability respecting passengers and goods,

(xx) procedures to be followed, and time limitations, respecting claims, and

(xxi) any other terms and conditions deemed under subsection 86.11(4) of the Act to be included in the tariff;

(o) the tolls, shown in Canadian currency, together with the names of the points from, to or between which the tolls apply, arranged in a simple and systematic manner with, in the case of commodity tolls, goods clearly identified;

(p) the routings related to the tolls unless reference is made in the tariff to another tariff in which the routings appear; and

(q) the official descriptive title of each type of passenger fare, together with any name or abbreviation thereof.

(2) Every original tariff page shall be designated “Original Page”, and changes in, or additions to, the material contained on the page shall be made by revising the page and renumbering it accordingly.

(3) Where an additional page is required within a series of pages in a tariff, that page shall be given the same number as the page it follows but a letter shall be added to the number.

(4) and (5) [Repealed, SOR/96-335, s. 54]

SOR/93-253, s. 2; SOR/93-449, s. 1; SOR/96-335, s. 54; SOR/2017-19, s. 7(F); SOR/2019-150, s. 40.

Interest

107.1 Where the Agency, by order, directs an air carrier to refund specified amounts to persons that have been

(xiv) le refus de transporter des passagers ou des marchandises,

(xv) la méthode de calcul des frais non précisés dans le tarif,

(xvi) le transport des bagages, y compris la perte, le retard ou le endommagement de ceux-ci,

(xvii) le transport des instruments de musique,

(xviii) les limites de responsabilité à l'égard des passagers et des marchandises,

(xix) les exclusions de responsabilité à l'égard des passagers et des marchandises,

(xx) la marche à suivre ainsi que les délais fixés pour les réclamations,

(xxi) toute autre modalité réputée figurer au tarif du transporteur au titre du paragraphe 86.11(4) de la Loi;

o) les taxes, exprimées en monnaie canadienne, et les noms des points en provenance et à destination desquels ou entre lesquels elles s'appliquent, le tout étant disposé d'une manière simple et méthodique et les marchandises étant indiquées clairement dans le cas des taxes spécifiques;

p) les itinéraires visés par les taxes; toutefois, ces itinéraires n'ont pas à être indiqués si un renvoi est fait à un autre tarif qui les contient;

q) le titre descriptif officiel de chaque type de prix passagers, ainsi que tout nom ou abréviation servant à désigner ce prix.

(2) Les pages originales du tarif doivent porter la mention «page originale» et, lorsque des changements ou des ajouts sont apportés, la page visée doit être révisée et numérotée en conséquence.

(3) S'il faut intercaler une page supplémentaire dans une série de pages d'un tarif, cette page doit porter le même numéro que la page qui la précède, auquel une lettre est ajoutée.

(4) et (5) [Abrogés, DORS/96-335, art. 54]

DORS/93-253, art. 2; DORS/93-449, art. 1; DORS/96-335, art. 54; DORS/2017-19, art. 7(F); DORS/2019-150, art. 40.

Intérêts

107.1 Dans le cas où, en vertu de l'alinéa 66(1)c) de la Loi, l'Office enjoint, par ordonnance, à un transporteur

overcharged by the air carrier for fares or rates in respect of its air service pursuant to paragraph 66(1)(c) of the Act, the amount of the refunds shall bear interest from the date of payment of the fares or rates by those persons to the air carrier to the date of the Agency's order at the rate of interest charged by the Bank of Canada on short-term loans to financial institutions plus one and one-half percent.

SOR/2001-71, s. 3.

DIVISION II

International

Application

108 This Division applies to any air carrier that operates an international service other than an air carrier that operates a non-scheduled international service that transports traffic originating entirely in a foreign country.

SOR/96-335, s. 55; SOR/2019-176, s. 14.

Exception

109 An air carrier that operates an international service that serves the transportation requirements of the bona fide guests, employees and workers of a lodge operation, including the transportation of luggage, materials and supplies of those guests, employees and workers is excluded, in respect of the service of those requirements, from the requirements of subsection 110(1).

Filing of Tariffs

110 (1) Except as provided in an international agreement, convention or arrangement respecting civil aviation, before commencing the operation of an international service, an air carrier or its agent shall file with the Agency a tariff for that service, including the terms and conditions of free and reduced rate transportation for that service, in the style, and containing the information, required by this Division.

(2) Acceptance by the Agency of a tariff or an amendment to a tariff does not constitute approval of any of its provisions, unless the tariff has been filed pursuant to an order of the Agency.

(3) No air carrier shall advertise, offer or charge any toll where

(a) the toll is in a tariff that has been rejected by the Agency; or

aérien de rembourser des sommes à des personnes ayant versé des sommes en trop pour un service, le remboursement porte intérêt à compter de la date du paiement fait par ces personnes au transporteur jusqu'à la date de délivrance de l'ordonnance par l'Office, au taux demandé par la Banque du Canada aux institutions financières pour les prêts à court terme, majoré d'un et demi pour cent.

DORS/2001-71, art. 3.

SECTION II

Service international

Application

108 La présente section s'applique au transporteur aérien qui exploite un service international autre qu'un service international à la demande qui transporte du trafic en provenance seulement d'un pays étranger.

DORS/96-335, art. 55; DORS/2019-176, art. 14.

Exception

109 Le transporteur aérien est exempté de l'application du paragraphe 110(1) en ce qui concerne l'exploitation d'un service international servant à répondre aux besoins de transport des véritables clients, des véritables employés et des véritables travailleurs d'un hôtel pavillonnaire, y compris le transport des bagages, du matériel et des fournitures de ces personnes.

Dépôt des tarifs

110 (1) Sauf disposition contraire des ententes, conventions ou accords internationaux en matière d'aviation civile, avant d'entreprendre l'exploitation d'un service international, le transporteur aérien ou son agent doit déposer auprès de l'Office son tarif pour ce service, conforme aux exigences de forme et de contenu énoncées dans la présente section, dans lequel sont comprises les conditions du transport à titre gratuit ou à taux réduit.

(2) L'acceptation par l'Office, pour dépôt, d'un tarif ou d'une modification apportée à celui-ci ne constitue pas l'approbation de son contenu, à moins que le tarif n'ait été déposé conformément à un arrêté de l'Office.

(3) Il est interdit au transporteur aérien d'annoncer, d'offrir ou d'exiger une taxe qui, selon le cas :

a) figure dans un tarif qui a été rejeté par l'Office;

b) a été refusée ou suspendue par l'Office.

(b) the toll has been disallowed or suspended by the Agency.

(4) Where a tariff is filed containing the date of publication and the effective date and is consistent with these Regulations and any orders of the Agency, the tolls and terms and conditions of carriage in the tariff shall, unless they are rejected, disallowed or suspended by the Agency or unless they are replaced by a new tariff, take effect on the date stated in the tariff, and the air carrier shall on and after that date charge the tolls and apply the terms and conditions of carriage specified in the tariff.

(5) No air carrier or agent thereof shall offer, grant, give, solicit, accept or receive any rebate, concession or privilege in respect of the transportation of any persons or goods by the air carrier whereby such persons or goods are or would be, by any device whatever, transported at a toll that differs from that named in the tariffs then in force or under terms and conditions of carriage other than those set out in such tariffs.

SOR/96-335, s. 56; SOR/98-197, s. 6(E).

111 (1) All tolls and terms and conditions of carriage, including free and reduced rate transportation, that are established by an air carrier shall be just and reasonable and shall, under substantially similar circumstances and conditions and with respect to all traffic of the same description, be applied equally to all that traffic.

(2) No air carrier shall, in respect of tolls or the terms and conditions of carriage,

(a) make any unjust discrimination against any person or other air carrier;

(b) give any undue or unreasonable preference or advantage to or in favour of any person or other air carrier in any respect whatever; or

(c) subject any person or other air carrier or any description of traffic to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage in any respect whatever.

(3) The Agency may determine whether traffic is to be, is or has been carried under substantially similar circumstances and conditions and whether, in any case, there is or has been unjust discrimination or undue or unreasonable preference or advantage, or prejudice or disadvantage, within the meaning of this section, or whether in any case the air carrier has complied with the provisions of this section or section 110.

SOR/93-253, s. 2; SOR/96-335, s. 57.

(4) Lorsqu'un tarif déposé porte une date de publication et une date d'entrée en vigueur et qu'il est conforme au présent règlement et aux arrêtés de l'Office, les taxes et les conditions de transport qu'il contient, sous réserve de leur rejet, de leur refus ou de leur suspension par l'Office, ou de leur remplacement par un nouveau tarif, prennent effet à la date indiquée dans le tarif, et le transporteur aérien doit les appliquer à compter de cette date.

(5) Il est interdit au transporteur aérien ou à ses agents d'offrir, d'accorder, de donner, de solliciter, d'accepter ou de recevoir un rabais, une concession ou un privilège permettant, par un moyen quelconque, le transport de personnes ou de marchandises à une taxe ou à des conditions qui diffèrent de celles que prévoit le tarif en vigueur.

DORS/96-335, art. 56; DORS/98-197, art. 6(A).

111 (1) Les taxes et les conditions de transport établies par le transporteur aérien, y compris le transport à titre gratuit ou à taux réduit, doivent être justes et raisonnables et doivent, dans des circonstances et des conditions sensiblement analogues, être imposées uniformément pour tout le trafic du même genre.

(2) En ce qui concerne les taxes et les conditions de transport, il est interdit au transporteur aérien :

(a) d'établir une distinction injuste à l'endroit de toute personne ou de tout autre transporteur aérien;

(b) d'accorder une préférence ou un avantage indu ou déraisonnable, de quelque nature que ce soit, à l'égard ou en faveur d'une personne ou d'un autre transporteur aérien;

(c) de soumettre une personne, un autre transporteur aérien ou un genre de trafic à un désavantage ou à un préjudice indu ou déraisonnable de quelque nature que ce soit.

(3) L'Office peut décider si le trafic doit être, est ou a été acheminé dans des circonstances et à des conditions sensiblement analogues et s'il y a ou s'il y a eu une distinction injuste, une préférence ou un avantage indu ou déraisonnable, ou encore un préjudice ou un désavantage au sens du présent article, ou si le transporteur aérien s'est conformé au présent article ou à l'article 110.

DORS/93-253, art. 2; DORS/96-335, art. 57.

112 (1) All air carriers having joint tolls shall establish just and reasonable divisions thereof between participating air carriers.

(2) The Agency may

- (a)** determine and fix just and equitable divisions of joint tolls between air carriers or the portion of the joint tolls to be received by an air carrier;
- (b)** require an air carrier to inform the Agency of the portion of the tolls in any joint tariff filed that it or any other carrier is to receive or has received; and
- (c)** decide that any proposed through toll is just and reasonable notwithstanding that an amount less than the amount that an air carrier would otherwise be entitled to charge may be allotted to that air carrier out of that through toll.

113 The Agency may

- (a)** suspend any tariff or portion of a tariff that appears not to conform with subsections 110(3) to (5) or section 111 or 112, or disallow any tariff or portion of a tariff that does not conform with any of those provisions; and
- (b)** establish and substitute another tariff or portion thereof for any tariff or portion thereof disallowed under paragraph (a).

SOR/93-253, s. 2; SOR/96-335, s. 58.

113.1 (1) If an air carrier that offers an international service fails to apply the fares, rates, charges or terms and conditions of carriage set out in the tariff that applies to that service, the Agency may, if it receives a written complaint, direct the air carrier to

- (a)** take the corrective measures that the Agency considers appropriate; and
- (b)** pay compensation for any expense incurred by a person adversely affected by its failure to apply the fares, rates, charges or terms and conditions that are applicable to the service it offers and that were set out in the tariff.

(2) If the written complaint is with respect to a term or condition of carriage concerning an obligation prescribed by regulations made under subsection 86.11(1) of the Act, it must have been filed by a person adversely affected by the failure to apply the term or condition.

112 (1) Les transporteurs aériens qui appliquent des taxes pluritransporteurs doivent établir une répartition juste et raisonnable de ces taxes entre les transporteurs aériens participants.

(2) L'Office peut procéder de la façon suivante :

- a)** déterminer et fixer la répartition équitable des taxes pluritransporteurs entre les transporteurs aériens, ou la proportion de ces taxes que doit recevoir un transporteur aérien;
- b)** enjoindre à un transporteur aérien de lui faire connaître la proportion des taxes de tout tarif pluritransporteur déposé que lui-même ou tout autre transporteur aérien est censé recevoir ou qu'il a reçue;
- c)** décider qu'une taxe totale proposée est juste et raisonnable, même si un transporteur aérien s'en voit attribuer une portion inférieure à la taxe qu'il serait autrement en droit d'exiger.

113 L'Office peut :

- a)** suspendre tout ou partie d'un tarif qui paraît ne pas être conforme aux paragraphes 110(3) à (5) ou aux articles 111 ou 112, ou refuser tout tarif qui n'est pas conforme à l'une de ces dispositions;
- b)** établir et substituer tout ou partie d'un autre tarif en remplacement de tout ou partie du tarif refusé en application de l'alinéa a).

DORS/93-253, art. 2; DORS/96-335, art. 58.

113.1 (1) Si un transporteur aérien n'applique pas les prix, taux, frais ou conditions de transport applicables au service international qu'il offre et figurant à son tarif, l'Office peut, suite au dépôt d'une plainte écrite, lui enjoindre :

- a)** de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées;
- b)** de verser des indemnités à quiconque pour toutes dépenses qu'il a supportées en raison de la non-application de ces prix, taux, frais ou conditions de transport applicables aux services offerts et prévus au tarif.

(2) Lorsqu'une plainte écrite porte sur une condition de transport visant une obligation prévue par un règlement pris en vertu du paragraphe 86.11(1) de la Loi, cette plainte est déposée par la personne lésée.

Agency, Ottawa, Canada, K1A 0N9, Attention: Tariffs Division.

SOR/93-253, s. 2; SOR/96-335, s. 59; SOR/98-197, s. 7.

Filing Time

115 (1) Every tariff or amendment to a tariff shall be filed with the Agency at least 45 days before the tariff or amendment comes into force, except

- (a) where a different period is specified in an international agreement, convention or arrangement respecting civil aviation to which Canada is a party; or
- (b) if the tariff or amendment is filed at least one working day before it comes into force to publish tolls for an additional aircraft to be used in, or to cancel tolls respecting an aircraft to be withdrawn from, a non-scheduled international service, other than a service that is operated at a toll per unit of traffic; or
- (c) by order of the Agency.

(2) The period prescribed by subsection (1) shall not commence until a tariff or amendment is received by the Agency, and the mailing thereof does not constitute receipt by the Agency.

SOR/90-740, s. 4; SOR/93-253, s. 2; SOR/96-335, s. 60; SOR/2017-19, s. 8(F); SOR/2019-176, s. 15.

Public Inspection of Tariffs

116 (1) Every air carrier shall keep available for public inspection at each of its business offices a copy of every tariff in which the air carrier participates that applies to its international service.

(2) Every air carrier shall display in a prominent place at each of its business offices a sign indicating that the tariffs for the international service it offers, including the terms and conditions of carriage, are available for public inspection at its business offices.

(3) Every air carrier shall, for a period of three years after the date of any cancellation of a tariff participated in by the carrier, keep a copy of that tariff at the principal place of business in Canada of the carrier or at the place of business in Canada of the carrier's agent.

SOR/96-335, s. 61(F); SOR/2009-28, s. 2.

Display of Terms and Conditions on Internet Sites

116.1 An air carrier that sells or offers for sale an international service on its Internet site must also display on

Division des tarifs, Office des transports du Canada, Ottawa, Canada, K1A 0N9.

DORS/93-253, art. 2; DORS/96-335, art. 59; DORS/98-197, art. 7.

Délais

115 (1) Les tarifs ou les modifications à ceux-ci doivent être déposés auprès de l'Office au moins 45 jours avant leur entrée en vigueur, sauf dans les cas suivants :

- a) un autre délai est stipulé dans une convention, une entente ou un accord international en matière d'aviation civile auquel le Canada est partie;
- b) le tarif ou la modification est déposé au moins un jour ouvrable avant sa date d'entrée en vigueur pour publier les taxes applicables à un aéronef supplémentaire affecté à un service international à la demande, autre que celui exploité selon une taxe unitaire applicable au trafic, ou pour annuler les taxes visant un aéronef devant être retiré de ce service;
- c) un autre délai est prévu par un arrêté de l'Office.

(2) Les délais visés au paragraphe (1) commencent à la date où l'Office reçoit le tarif ou la modification et non à la date de mise à la poste.

DORS/90-740, art. 4; DORS/93-253, art. 2; DORS/96-335, art. 60; DORS/2017-19, art. 8(F); DORS/2019-176, art. 15.

Consultation des tarifs

116 (1) Le transporteur aérien met à la disposition du public, dans ses bureaux, une copie de tout tarif auquel il est partie pour un service international.

(2) Il pose à ses bureaux, dans un endroit bien en vue, une affiche indiquant que les tarifs, notamment les conditions de transport, pour le service international qu'il offre sont à la disposition du public pour consultation à ses bureaux.

(3) Les transporteurs aériens doivent conserver à leur principal établissement au Canada, ou à l'établissement de leur agent au Canada, un exemplaire des tarifs annulés auxquels ils étaient parties, pendant trois ans à compter de la date d'annulation de ces tarifs.

DORS/96-335, art. 61(F); DORS/2009-28, art. 2.

Publication des conditions sur les sites Internet

116.1 Si le transporteur aérien vend ou offre en vente un service international sur son site Internet, il y publie

Contents of Tariffs

122 Every tariff shall contain

- (a)** the terms and conditions governing the tariff generally, stated in such a way that it is clear as to how the terms and conditions apply to the tolls named in the tariff;
- (b)** the tolls, together with the names of the points from and to which or between which the tolls apply, arranged in a simple and systematic manner with, in the case of commodity tolls, goods clearly identified;
- (c)** the terms and conditions of carriage, clearly stating the air carrier's policy in respect of at least the following matters, namely,
 - (i)** the carriage of persons with disabilities,
 - (ii)** the carriage of children,
 - (iii)** unaccompanied minors, including those who are travelling under the carrier's supervision,
 - (iv)** the assignment of seats to children who are under the age of 14 years,
 - (v)** failure to operate the service or failure to operate the air service according to schedule,
 - (vi)** flight delay,
 - (vii)** flight cancellation,
 - (viii)** delay on the tarmac,
 - (ix)** denial of boarding,
 - (x)** the re-routing of passengers,
 - (xi)** whether the carrier is bound by the obligations of a large carrier or the obligations of a small carrier that are set out in the *Air Passenger Protection Regulations*,
 - (xii)** refunds for services purchased but not used, whether in whole or in part, either as a result of the client's unwillingness or inability to continue or the air carrier's inability to provide the service for any reason,
 - (xiii)** ticket reservation, cancellation, confirmation, validity and loss,
 - (xiv)** refusal to transport passengers or goods,

Contenu des tarifs

122 Les tarifs doivent contenir :

- a)** les conditions générales régissant le tarif, énoncées en des termes qui expliquent clairement leur application aux taxes énumérées;
- b)** les taxes ainsi que les noms des points en provenance et à destination desquels ou entre lesquels elles s'appliquent, le tout étant disposé d'une manière simple et méthodique et les marchandises étant indiquées clairement dans le cas des taxes spécifiques;
- c)** les conditions de transport, dans lesquelles est énoncée clairement la politique du transporteur aérien concernant au moins les éléments suivants :
 - (i)** le transport des personnes handicapées,
 - (ii)** le transport des enfants,
 - (iii)** les mineurs non accompagnés, notamment ceux qui voyagent sous la supervision du transporteur,
 - (iv)** l'attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans,
 - (v)** l'inexécution du service aérien ou le non-respect de l'horaire prévu pour le service aérien,
 - (vi)** les vols retardés,
 - (vii)** les vols annulés,
 - (viii)** les retards sur l'aire de trafic,
 - (ix)** les refus d'embarquement,
 - (x)** le réacheminement des passagers,
 - (xi)** si le transporteur est tenu de respecter les obligations applicable aux gros transporteur ou aux petits transporteurs qui sont prévues par le *Règlement sur la protection des passagers aériens*,
 - (xii)** le remboursement des services achetés mais non utilisés, intégralement ou partiellement, par suite de la décision du client de ne pas poursuivre son trajet ou de son incapacité à le faire, ou encore de l'inaptitude du transporteur aérien à fournir le service pour une raison quelconque,
 - (xiii)** la réservation, l'annulation de vol, la confirmation, la validité et la perte des billets,

(xv) method of calculation of charges not specifically set out in the tariff,

(xvi) the carriage of baggage including the loss, delay or damaging of baggage,

(xvii) the transportation of musical instruments,

(xviii) limits of liability respecting passengers and goods,

(xix) exclusions from liability respecting passengers and goods,

(xx) procedures to be followed, and time limitations, respecting claims, and

(xxi) any other terms and conditions deemed under subsection 86.11(4) of the Act to be included in the tariff; and

(d) a policy respecting the refusal to transport a person who is less than five years old unless that person is accompanied by their parent or a person who is at least 16 years old.

SOR/93-253, s. 2; SOR/96-335, s. 65; SOR/2019-150, s. 42.

123 [Repealed, SOR/96-335, s. 65]

Supplements

124 (1) A supplement to a tariff on paper shall be in book or pamphlet form and shall be published only for the purpose of amending or cancelling that tariff.

(2) Every supplement shall be prepared in accordance with a standard form provided by the Agency.

(3) Supplements are governed by the same provisions of these Regulations as are applicable to the tariff that the supplements amend or cancel.

SOR/93-253, s. 2(F); SOR/96-335, s. 66.

Symbols

125 All abbreviations, notes, reference marks, symbols and technical terms shall be defined at the beginning of the tariff.

SOR/96-335, s. 66; SOR/2017-19, s. 9(E).

(xiv) le refus de transporter des passagers ou des marchandises,

(xv) la méthode de calcul des frais non précisés dans le tarif,

(xvi) le transport des bagages, y compris la perte, le retard ou le endommagement,

(xvii) le transport des instruments de musique,

(xviii) les limites de responsabilité à l'égard des passagers et des marchandises,

(xix) les exclusions de responsabilité à l'égard des passagers et des marchandises,

(xx) la marche à suivre ainsi que les délais fixés pour les réclamations,

(xxi) toute autre modalité réputée figurer au tarif du transporteur au titre du paragraphe 86.11(4) de la Loi;

d) la politique concernant le refus de transport d'un enfant de moins de cinq ans à moins qu'il ne soit accompagné par son parent ou par une personne âgée de seize ans ou plus.

DORS/93-253, art. 2; DORS/96-335, art. 65; DORS/2019-150, art. 42.

123 [Abrogé, DORS/96-335, art. 65]

Suppléments

124 (1) Les suppléments à un tarif sur papier doivent être publiés sous forme de livres ou de brochures et ne doivent servir qu'à modifier ou annuler le tarif.

(2) Les suppléments doivent être conformes au modèle fourni par l'Office.

(3) Les suppléments sont régis par les dispositions du présent règlement qui s'appliquent aux tarifs qu'ils modifient ou annulent.

DORS/93-253, art. 2(F); DORS/96-335, art. 66.

Symboles

125 Les abréviations, notes, appels de notes, symboles et termes techniques doivent être définis au début du tarif.

DORS/96-335, art. 66; DORS/2017-19, art. 9(A).

TAB 3



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Canada Transportation Act

Loi sur les transports au Canada

S.C. 1996, c. 10

L.C. 1996, ch. 10

Current to April 2, 2020

À jour au 2 avril 2020

Last amended on July 11, 2019

Dernière modification le 11 juillet 2019

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (2) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

Inconsistencies in Acts

(2) In the event of an inconsistency between a consolidated statute published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the *Publication of Statutes Act*, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to April 2, 2020. The last amendments came into force on July 11, 2019. Any amendments that were not in force as of April 2, 2020 are set out at the end of this document under the heading "Amendments Not in Force".

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (2) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

Incompatibilité — lois

(2) Les dispositions de la loi d'origine avec ses modifications subséquentes par le greffier des Parlements en vertu de la *Loi sur la publication des lois* l'emportent sur les dispositions incompatibles de la loi codifiée publiée par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 2 avril 2020. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 11 juillet 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 2 avril 2020 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS

An Act to continue the National Transportation Agency as the Canadian Transportation Agency, to consolidate and revise the National Transportation Act, 1987 and the Railway Act and to amend or repeal other Acts as a consequence

	Short Title
1	Short title
	Her Majesty
2	Binding on Her Majesty
	Application
3	Application generally
4	Conflicts
	National Transportation Policy
5	Declaration
	Interpretation
6	Definitions
	Power of the Governor in Council
6.1	Governor in Council
	Electronic Administration and Enforcement
6.2	Electronic means
6.3	Provision of information
6.4	Conditions for electronic version
6.5	Regulations
	PART I
	Administration
	Canadian Transportation Agency
	Continuation and Organization
7	Agency continued
8	Term of members

TABLE ANALYTIQUE

Loi maintenant l'Office national des transports sous le nom d'Office des transports du Canada, codifiant et remaniant la Loi de 1987 sur les transports nationaux et la Loi sur les chemins de fer et modifiant ou abrogeant certaines lois

	Titre abrégé
1	Titre abrégé
	Sa Majesté
2	Obligation de Sa Majesté
	Application
3	Champ d'application
4	Incompatibilité
	Politique nationale des transports
5	Déclaration
	Définitions
6	Définitions
	Pouvoir du gouverneur en conseil
6.1	Pouvoir du gouverneur en conseil
	Exécution et contrôle d'application par voie électronique
6.2	Moyens électroniques
6.3	Fourniture de renseignements
6.4	Conditions : version électronique
6.5	Règlements
	PARTIE I
	Administration
	Office des transports du Canada
	Maintien et composition
7	Maintien de l'Office
8	Durée du mandat

9	Temporary members	9	Membres temporaires
10	Members — conflicts of interest	10	Conflits d'intérêts : membres
	Remuneration		Rémunération
11	Remuneration	11	Rémunération et indemnités
12	Members — retirement pensions	12	Pensions de retraite des membres
	Chairperson		Président
13	Duties of Chairperson	13	Pouvoirs et fonctions
14	Absence of Chairperson	14	Intérim du président
15	Absence of both Chairperson and Vice-Chairperson	15	Choix d'un autre intérimaire
	Quorum		Quorum
16	Quorum	16	Quorum
	Rules		Règles
17	Rules	17	Règles
	Head Office		Siège de l'Office
18	Head office	18	Siège
	Staff		Personnel
19	Secretary, officers and employees	19	Secrétaire et personnel
20	Technical experts	20	Experts
	Records		Registre
21	Duties of Secretary	21	Attributions du secrétaire
22	Copies of documents obtainable	22	Copies conformes
23	Judicial notice of documents	23	Admission d'office
	Powers of Agency		Attributions de l'Office
24	Policy governs Agency	24	Directives
25	Agency powers in general	25	Pouvoirs généraux
25.1	Power to award costs	25.1	Pouvoirs relatifs à l'adjudication des frais
26	Compelling observance of obligations	26	Pouvoir de contrainte
27	Relief	27	Réparation
28	Orders	28	Arrêtés
29	Time for making decisions	29	Délai
30	Pending proceedings	30	Affaire en instance
31	Fact finding is conclusive	31	Décision définitive
32	Review of decisions and orders	32	Révision, annulation ou modification de décisions
33	Enforcement of decision or order	33	Homologation
34	Fees	34	Droits
35	Fees for witnesses	35	Indemnité des témoins
36	Approval of regulations required	36	Agrément du gouverneur en conseil
	Mediation		Médiation
36.1	Request by parties	36.1	Demande des parties

	Information and Informal Dispute Resolution Services		Services d'information et de règlement informel de différends
36.11	Information and guidance	36.11	Information et conseils
	Mediation or Arbitration		Médiation ou arbitrage
36.2	Request by all parties	36.2	Demande des parties
	Inquiries		Enquêtes
37	Inquiry into complaint	37	Enquêtes sur les plaintes
38	Appointment of person to conduct inquiry	38	Délégation
39	Powers on inquiry	39	Pouvoirs de la personne chargée de l'enquête
	Review and Appeal		Révision et appel
40	Governor in Council may vary or rescind orders, etc.	40	Modification ou annulation
41	Appeal from Agency	41	Appel
	Report of Agency		Rapport de l'Office
42	Agency's report	42	Rapport de l'Office
	Governor in Council		Gouverneur en conseil
	Directions to Agency		Directives à l'Office
43	Policy directions	43	Directives générales
44	Delay of binding effect	44	Dépôt au Parlement
45	Referral to committee	45	Renvoi en comité
46	Consultation required	46	Consultation
	Extraordinary Disruptions		Perturbations extraordinaires
47	Governor in Council may prevent disruptions	47	Mesures d'urgence prises par le gouverneur en conseil
	Minister		Ministre
	Inquiries		Enquêtes
49	Minister may request inquiry	49	Enquêtes ordonnées par le ministre
	Transportation Information		Renseignements relatifs aux transports
50	Regulations re information	50	Règlements relatifs aux renseignements
50.01	Externally produced documents	50.01	Documents externes
50.02	Existing power not limited	50.02	Pouvoir existant non restreint
50.1	Information already provided	50.1	Renseignements déjà fournis
51	Confidentiality of information	51	Renseignements confidentiels
51.1	Publication	51.1	Publication
51.2	Confidentiality of information — Agency	51.2	Renseignements confidentiels — Office
51.3	Use of information	51.3	Utilisation des renseignements
51.4	Publication	51.4	Publication
	Industry Review		Examen de la situation de l'industrie
52	Industry overview	52	Rapport du ministre
	Review of Act		Examen de la loi
53	Statutory review	53	Examen complet

	Review of Mergers and Acquisitions
53.1	Notice
53.2	Prohibition
53.3	Canadian
53.4	Order of divestiture — application by Minister
53.5	Regulations
53.6	Offence — subsection 53.1(1)
	Review of Arrangements Involving Two or More Transportation Undertakings Providing Air Services
53.7	Definitions
53.71	Notice
53.72	Prohibition
53.73	Review process
53.74	Canadian
53.75	Varying or rescinding terms and conditions
53.76	Proposed amendment to arrangement
53.77	Concerns regarding authorized arrangement
53.78	Obligation to comply with terms and conditions
53.79	Revoking authorization — false or misleading information
53.8	Withdrawing notice
53.81	Extension of time
53.82	Order
53.83	Offence — section 53.72 or 53.78
53.84	Cost recovery
	General
54	Appointment of receiver not to bar jurisdiction

PART II

Air Transportation

Interpretation and Application

55	Definitions
56	Non-application of Part
	Prohibitions
57	Prohibition re operation
58	Licence not transferable
59	Prohibition re sale
60	Provision of aircraft with flight crew

	Examen des fusions et acquisitions
53.1	Avis
53.2	Interdiction
53.3	Qualité de Canadien
53.4	Ordonnance en cas de contravention des conditions
53.5	Règlements
53.6	Infraction : par. 53.1(1)
	Examen des ententes entre au moins deux entreprises de transport offrant des services aériens
53.7	Définitions
53.71	Avis
53.72	Interdiction
53.73	Processus d'examen
53.74	Qualité de Canadien
53.75	Modification ou annulation des conditions
53.76	Modification à une entente autorisée
53.77	Préoccupations relatives à une entente autorisée
53.78	Obligation de se conformer aux conditions
53.79	Révocation de l'autorisation — renseignements faux ou trompeurs
53.8	Retrait de l'avis
53.81	Prorogation des délais
53.82	Ordonnance
53.83	Infraction : articles 53.72 ou 53.78
53.84	Recouvrement des frais
	Dispositions générales
54	Nomination de receveurs

PARTIE II

Transport aérien

Définitions et champ d'application

55	Définitions
56	Exclusions — forces armées
	Interdictions
57	Conditions d'exploitation
58	Inaccessibilité
59	Opérations visant le service
60	Fourniture d'aéronefs

	Licence for Domestic Service		Service intérieur
61	Issue of licence	61	Délivrance de la licence
62	Qualification exemption	62	Exemption
63	Mandatory suspension or cancellation	63	Suspension ou annulation obligatoire
64	Notice of discontinuance or reduction of certain services	64	Interruption ou réduction de services
65	Complaints re non-compliance	65	Plaintes relatives aux infractions
66	Unreasonable fares or rates	66	Prix ou taux excessifs
67	Tariffs to be made public	67	Publication des tarifs
67.1	Fares or rates not set out in tariff	67.1	Prix, taux, frais ou conditions non inclus au tarif
67.2	When unreasonable or unduly discriminatory terms or conditions	67.2	Conditions déraisonnables
67.3	Person affected	67.3	Personne lésée
67.4	Applying decision to other passengers	67.4	Application de la décision à d'autres passagers
68	Non-application of fares, etc.	68	Non-application de certaines dispositions
	Licence for Scheduled International Service		Service international régulier
69	Issue of licence	69	Délivrance de la licence
70	Determination of scheduled international service	70	Qualification : service international régulier
71	Terms and conditions of scheduled international licence	71	Conditions liées à la licence
72	Mandatory suspension or cancellation	72	Suspension ou annulation obligatoire
	Licence for Non-scheduled International Service		Service international à la demande
73	Issue of licence	73	Délivrance aux Canadiens
74	Terms and conditions of non-scheduled international licence	74	Conditions liées à la licence
75	Mandatory suspension or cancellation	75	Suspension ou annulation obligatoire
	Issuance of International Charter Permits		Délivrance de permis d'affrètement international
75.1	Issuance, amendment and cancellation of permits	75.1	Délivrance, modification et annulation de permis
	Ministerial Directions for International Service		Directives ministérielles en matière de service international
76	Minister may issue directions	76	Directives ministérielles
	Duties and Powers of Agency		Attributions de l'Office
77	Duties and functions of Agency under international agreements, etc.	77	Attributions de l'Office
78	Agency powers qualified by certain agreements, etc.	78	Conventions internationales
79	Agency may refuse licence — individuals	79	Refus par l'Office
80	Exemption	80	Exemptions
81	Inquiry into licensing matters	81	Enquêtes sur les licences
82	Licensee to provide notification	82	Avis
83	Disclosure of information required	83	Obligation

84	Notification of agent required
85	Notice of change of address
	Air Travel Complaints
85.1	Review and mediation
	Regulations
86	Regulations
86.1	Advertising regulations
86.11	Regulations — carrier's obligations towards passengers
86.2	Regulations and orders

PART III

Railway Transportation

DIVISION I

Interpretation and Application

87	Definitions
88	Application
89	Special Act railways declared to be works for general advantage of Canada

DIVISION II

Construction and Operation of Railways

Certificate of Fitness

90	Certificate required
91	Application for certificate of fitness
92	Issuance of certificate of fitness
93	Variation of certificate
	Liability Insurance
93.1	Continuing requirement
94	Notice of insurance changes
94.1	Inquiry
94.2	Suspension or cancellation of certificate of fitness

General Powers of Railway Companies

95	Powers
	Noise and Vibration
95.1	Obligation
95.2	Guidelines
95.3	Complaints and investigations
95.4	Public passenger service providers

84	Mandataire
85	Avis de changement
	Plaintes relatives au transport aérien
85.1	Examen et médiation
	Règlements
86	Pouvoirs de l'Office
86.1	Règlement concernant la publicité des prix
86.11	Règlements — obligations des transporteurs aériens envers les passagers
86.2	Textes d'application

PARTIE III

Transport ferroviaire

SECTION I

Définitions et champ d'application

87	Définitions
88	Application
89	Cas des chemins de fer visés par une loi spéciale

SECTION II

Construction et exploitation des chemins de fer

Certificat d'aptitude

90	Certificat d'aptitude
91	Demande
92	Délivrance du certificat d'aptitude
93	Modification du certificat d'aptitude
	Assurance responsabilité
93.1	Obligation continue
94	Avis — assurance responsabilité
94.1	Enquête
94.2	Suspension ou annulation du certificat d'aptitude

Pouvoirs généraux

95	Pouvoirs
	Bruit et vibrations
95.1	Obligation
95.2	Lignes directrices
95.3	Plaintes et enquêtes
95.4	Sociétés de transport publiques

	Land Transfer		Opérations foncières
96	Land taken pursuant to section 134 of Railway Act	96	Terres visées à l'article 134 de la Loi sur les chemins de fer
97	Land obtained for railway purposes	97	Acquisition et transfert
	Railway Lines		Lignes de chemin de fer
98	No construction without Agency approval	98	Autorisation obligatoire
99	Filing agreements	99	Dépôt d'ententes — lignes
	Road and Utility Crossings		Franchissement routier et par desserte
100	Definitions	100	Définitions
101	Filing agreements	101	Dépôt d'ententes — franchissements
	Private Crossings		Passages
102	Divided land	102	Terre séparée
103	Other crossings may be ordered	103	Autres passages
	DIVISION III		SECTION III
	Financial Transactions of Railway Companies		Opérations financières des compagnies de chemin de fer
	Security		Sûretés
104	Deposit of mortgage, hypothec or security agreement	104	Dépôt
	Documents Dealing with Rolling Stock		Documents concernant le matériel roulant
105	Deposit of documents	105	Dépôt de documents
	Regulations		Règlements
105.1	Regulations	105.1	Règlements
	DIVISION IV		SECTION IV
	Rates, Tariffs and Services		Prix, tarif et services
	Interpretation		Définitions
111	Definitions	111	Définitions
	Rates and Conditions of Service		Prix et conditions de service
112	Commercially fair and reasonable	112	Obligation
	Level of Services		Niveau de services
113	Accommodation for traffic	113	Acheminement du trafic
114	Facilities for traffic	114	Installations de transport
115	Adequate and suitable accommodation	115	Installations convenables
116	Complaint and investigation concerning company's obligations	116	Plaintes et enquêtes
	Traffic of Grain		Transport du grain
	Tariffs — General		Tarifs — généralités
117	Rates to be charged	117	Prix exigibles
	Tariffs — Freight		Tarifs — marchandise
118	Freight tariff requested by shipper	118	Établissement

119	Notice of change of tariff	119	Avis de modification du tarif
120	Application to vessels	120	Application aux navires
120.1	Unreasonable charges or terms	120.1	Frais ou conditions déraisonnables
	Joint Rates		Prix communs
121	Continuous route in Canada	121	Parcours continu au Canada
122	Publication requirements for joint tariff or rate	122	Conditions de publication du tarif ou du prix
123	Publication of joint tariff — from Canada to or through foreign country	123	Publication — transport du Canada vers l'étranger
124	Publication of joint tariff — from foreign country to or through Canada	124	Publication — transport d'un pays étranger
125	Continuous carriage not to be prevented	125	Transport continu
	Confidential Contracts		Contrats confidentiels
126	Confidential contracts	126	Conclusion de contrats confidentiels
	Interswitching		Interconnexion
127	Application to interswitch traffic between connecting lines	127	Demande d'interconnexion
127.1	Interswitching rate	127.1	Prix par wagon pour l'interconnexion
128	Regulations	128	Règlement
128.1	Power to require information	128.1	Demande de renseignements
	Long-haul Interswitching		Interconnexion de longue distance
129	Long-haul interswitching order	129	Demande d'arrêté
130	Conditions	130	Conditions
131	Transferred railway lines	131	Transfert de lignes
132	Contents of application	132	Contenu de la demande
133	Dismissal of application	133	Demande rejetée
134	Determination by Agency	134	Établissement par l'Office
135	Long-haul interswitching rate	135	Prix de l'interconnexion de longue distance
136	Continuous route	136	Parcours continu
136.1	Nearest interchange	136.1	Lieu de correspondance le plus proche
136.2	Service obligations	136.2	Moyens à prendre
136.3	Duration of order	136.3	Durée
136.4	Incorporation in tariff	136.4	Insertion dans le tarif
136.5	No final offer arbitration	136.5	Exclusion de l'arbitrage
136.6	Obligation of carriers to provide cars	136.6	Obligation du transporteur de liaison
136.7	Regulations	136.7	Règlements
136.8	Suspension of operation	136.8	Suspension de l'application
	Interchanges		Lieux de correspondance
136.9	List	136.9	Liste

	Means to Deal with Carriers' Liability		Traitement de la question de la responsabilité des transporteurs
137	Agreement	137	Accord
137.1	Complaints	137.1	Plaintes
	Running Rights and Joint Track Usage		Droits de circulation et usage commun des voies
138	Application by railway company	138	Demande
139	Request for joint or common use of right-of-way	139	Usage conjoint ou commun
	DIVISION V		SECTION V
	Transferring and Discontinuing the Operation of Railway Lines		Transferts et cessation de l'exploitation de lignes
140	Definition of railway line	140	Définition de ligne
141	Three-year plan	141	Plan triennal
142	Compliance with steps for discontinuance	142	Étapes à suivre
143	Advertisement of availability of railway line for continued rail operations	143	Publicité
144	Disclosure of process	144	Communication
144.1	Rights and obligations under passenger service agreements continued	144.1	Dévolution des droits et obligations
145	Offer to governments	145	Offre aux gouvernements et administrations
146	Discontinuance	146	Cessation d'exploitation
146.01	Obligation following return	146.01	Obligation découlant du retour
146.02	Exception	146.02	Exception
146.1	Compensation	146.1	Indemnisation
146.2	List of metropolitan sidings and spurs to be dismantled	146.2	Voies d'évitement et épis
146.3	Determination of net salvage value before expiry of time to accept offer	146.3	Détermination de la valeur nette de récupération avant l'acceptation de l'offre
146.4	Railway rights of way	146.4	Emprises
146.5	Passenger railway stations	146.5	Gares de voyageurs
146.6	Complaints	146.6	Plaintes
	DIVISION VI		SECTION VI
	Transportation of Western Grain Interpretation		Transport du grain de l'Ouest Définitions
147	Definitions	147	Définitions
	Application of Division IV		Application de la section IV
148	Application to tariffs and rates	148	Application de la section IV
	Tariffs		Tarifs
149	Issuance and publication	149	Établissement et publication du tarif
	Maximum Grain Revenue Entitlement		Revenu admissible maximal
150	Ceiling	150	Plafond

<p>151 Maximum revenue entitlement</p> <p>151.01 Report to Minister</p> <p style="padding-left: 20px;">List of Available Sidings</p> <p>151.1 List of available sidings</p> <p style="padding-left: 20px;">Regulations</p> <p>152 Regulations</p> <p style="padding-left: 20px;">DIVISION VI.1</p> <p style="padding-left: 40px;">Public Passenger Service Providers</p> <p style="padding-left: 40px;">Dispute Resolution</p> <p>152.1 Application</p> <p>152.2 Amount to be fixed</p> <p>152.3 Duration of decision</p> <p style="padding-left: 20px;">Agreements</p> <p>152.4 Providing copies</p> <p style="padding-left: 20px;">DIVISION VI.2</p> <p style="padding-left: 40px;">Liability and Compensation in Case of Railway Accidents Involving Designated Goods</p> <p style="padding-left: 40px;">Interpretation and Application</p> <p>152.5 Definitions</p> <p>152.6 Application</p> <p style="padding-left: 20px;">Liability</p> <p>152.7 Limit of liability of railway company</p> <p>152.8 No proof of fault or negligence</p> <p>152.9 Liability under another Act</p> <p>153 Losses, damages, costs and expenses</p> <p>153.1 Defences</p> <p>153.2 Claims</p> <p>153.3 Railway company's rights against third parties</p> <p style="padding-left: 20px;">Fund for Railway Accidents Involving Designated Goods</p> <p style="padding-left: 40px;">Establishment of Fund</p> <p>153.4 Fund established</p> <p>153.5 Interest to be credited to Fund</p> <p>153.6 Consolidated Revenue Fund</p> <p style="padding-left: 20px;">Administrator and Deputy Administrator</p> <p>153.7 Appointment of Administrator</p> <p>153.8 Appointment of Deputy Administrator</p>	<p>151 Revenu admissible maximal</p> <p>151.01 Rapport au ministre</p> <p style="padding-left: 20px;">Liste des voies d'évitement</p> <p>151.1 Liste des voies d'évitement disponibles</p> <p style="padding-left: 20px;">Règlements</p> <p>152 Règlements</p> <p style="padding-left: 20px;">SECTION VI.1</p> <p style="padding-left: 40px;">Sociétés de transport publiques</p> <p style="padding-left: 40px;">Règlement de différends</p> <p>152.1 Demande</p> <p>152.2 Somme fixée par l'Office</p> <p>152.3 Durée de la décision</p> <p style="padding-left: 20px;">Accords</p> <p>152.4 Obligation de fournir une copie de l'accord</p> <p style="padding-left: 20px;">SECTION VI.2</p> <p style="padding-left: 40px;">Responsabilité et indemnisation en cas d'accidents ferroviaires impliquant des marchandises désignées</p> <p style="padding-left: 40px;">Définitions et champ d'application</p> <p>152.5 Définitions</p> <p>152.6 Application</p> <p style="padding-left: 20px;">Responsabilité</p> <p>152.7 Limite de la responsabilité de la compagnie de chemin de fer</p> <p>152.8 Aucune preuve de faute ou de négligence</p> <p>152.9 Responsabilité en vertu d'une autre loi</p> <p>153 Pertes, dommages et frais</p> <p>153.1 Défense</p> <p>153.2 Créances</p> <p>153.3 Droits de la compagnie de chemin de fer envers les tiers</p> <p style="padding-left: 20px;">Caisse d'indemnisation pour les accidents ferroviaires impliquant des marchandises désignées</p> <p style="padding-left: 40px;">Établissement de la Caisse</p> <p>153.4 Établissement</p> <p>153.5 Intérêts à porter au crédit de la Caisse</p> <p>153.6 Transfert du Trésor</p> <p style="padding-left: 20px;">Administrateur et administrateur adjoint</p> <p>153.7 Nomination de l'administrateur</p> <p>153.8 Nomination de l'administrateur adjoint</p>
--	--

153.9	Deputy Administrator's powers, duties and functions	153.9	Attributions de l'administrateur adjoint
154	Resignation	154	Démission
154.1	Conflict of interest	154.1	Conflit d'intérêts
154.2	Remuneration	154.2	Rémunération
154.3	Assistance Claims	154.3	Assistance Demandes d'indemnisation
154.4	Right to file claim	154.4	Droit de présenter une demande d'indemnisation
154.5	Interest	154.5	Droit aux intérêts
154.6	Investigation and assessment	154.6	Enquête et évaluation
154.7	Offer of compensation — one railway company	154.7	Offre d'indemnisation — une seule compagnie de chemin de fer
154.8	Administrator's powers	154.8	Pouvoirs de l'administrateur
154.9	Deemed refusal	154.9	Refus réputé
155	Acceptance of offer	155	Acceptation de l'offre
155.1	Appeal to Federal Court — notice of dismissal Proceedings Against Railway Company	155.1	Appel devant la Cour fédérale — rejet Action contre une compagnie de chemin de fer
155.2	Proceedings against railway company Levies	155.2	Action contre une compagnie de chemin de fer Contributions
155.3	Levy — crude oil	155.3	Contribution — pétrole brut
155.4	Annual adjustment of levy	155.4	Rajustement annuel de la contribution
155.5	Levy — other traffic	155.5	Contribution — transport réglementaire
155.6	Additional levy	155.6	Contribution additionnelle
155.7	Obligation to pay	155.7	Versement de la contribution
155.8	Interest on unpaid amounts	155.8	Intérêts sur les sommes non versées
155.81	Debt due to Her Majesty	155.81	Créance de Sa Majesté
155.82	Power to require information	155.82	Demande de renseignements
155.83	Discontinuation and reimposition	155.83	Suspension et nouvelle imposition
155.84	Records and books of account	155.84	Registre et livres comptables
155.85	Designation	155.85	Désignation
155.86	Inspection	155.86	Inspection
155.87	Warrant to enter dwelling-house	155.87	Mandat pour entrer dans une maison d'habitation
155.88	Report to Minister	155.88	Rapport au ministre
155.89	Return of documents	155.89	Remise des documents
155.9	Copies of documents	155.9	Copies
155.91	False information, etc. Administration of Fund	155.91	Déclarations fausses ou trompeuses Administration de la Caisse
155.92	Books of account and systems	155.92	Registres et livres comptables
155.93	Annual report	155.93	Rapport annuel
155.94	Special examination	155.94	Examen spécial
155.95	Report	155.95	Rapport

155.96	Right to information Regulations	155.96	Accès aux renseignements Règlements
155.97	Governor in Council General	155.97	Gouverneur en conseil Disposition générale
155.98	Sections 26 and 37	155.98	Articles 26 et 37
	DIVISION VII		SECTION VII
	Other Matters		Autres dispositions
	Accounting		Comptabilité
156	Uniform accounting system for CN and CP	156	Classification uniforme — CN-CP
	Determination of Costs		Calcul des frais
157	Regulations for determining costs	157	Règlement
	Agreements		Accords
157.1	Agreements to apply transportation law to provincial railways	157.1	Accords avec les ministres des transports provinciaux
158	Agreements made with provincial authorities	158	Accords avec des autorités provinciales
	PART IV		PARTIE IV
	Arbitrations		Arbitrages
	DIVISION I		SECTION I
	Final Offer Arbitration		Arbitrage sur l'offre finale
159	Application of sections 161 to 169	159	Application des articles 161 à 169
160	Rail passenger services	160	Compagnies de chemin de fer
161	Submission for final offer arbitration	161	Recours à l'arbitrage
161.1	Submission of final offers	161.1	Délai de présentation
162	Arbitration	162	Arbitrage
162.1	Decision or order affecting a matter being arbitrated	162.1	Décision portant atteinte à l'arbitrage
163	Procedure	163	Procédure
164	Arbitration information	164	Renseignements à prendre en considération
164.1	Summary process	164.1	Procédure sommaire
164.2	Triennial adjustment	164.2	Rajustement triennal
165	Decision of arbitrator	165	Décision de l'arbitre
166	Arbitration fees	166	Honoraires de l'arbitre
167	Confidentiality of information	167	Caractère confidentiel
168	Termination of proceedings	168	Abandon des procédures
169	List of arbitrators	169	Liste d'arbitres
169.1	Mediation	169.1	Médiation
169.2	Joint offer of several shippers	169.2	Offre conjointe — expéditeurs
169.3	Time limit — preliminary applications	169.3	Délai — demande préliminaire

DIVISION II

Arbitration on Level of Services

- 169.31 Submission for arbitration — confidential contract
- 169.32 Contents of submission
- 169.33 Arbitration precluded in certain cases
- 169.34 Submission of proposals
- 169.35 Arbitration
- 169.36 Agency's rules of procedure
- 169.37 Arbitrator's decision
- 169.38 Requirements of decision
- 169.39 Arbitration fees
- 169.4 Confidentiality of information
- 169.41 Termination of proceedings
- 169.42 List of arbitrators
- 169.43 Application for order

PART V

Transportation of Persons with Disabilities

- 169.5 Definitions
- 170 Regulations
- 171 Coordination
- 172 Inquiry — barriers to mobility
 - 172.1 Inquiry — subsection 170(1)
 - 172.2 Annual adjustment
 - 172.3 Inquiry — transportation of persons with disabilities
 - 172.4 Participant funding program

PART VI

General

Enforcement

- 173 False information, etc.
- 174 Offence
- 175 Officers, etc., of corporation re offences
- 176 Time limit for commencement of proceedings

Administrative Monetary Penalties

- 176.1 Definition of Tribunal
- 177 Regulation-making powers
- 178 Notices of violation

SECTION II

Arbitrage sur le niveau de services

- 169.31 Demande d'arbitrage — contrat confidentiel
- 169.32 Contenu de la demande
- 169.33 Arbitrage écarté
- 169.34 Délai de présentation
- 169.35 Arbitrage
- 169.36 Procédure
- 169.37 Décision de l'arbitre
- 169.38 Caractéristiques de la décision
- 169.39 Honoraires de l'arbitre
- 169.4 Caractère confidentiel
- 169.41 Abandon des procédures
- 169.42 Liste d'arbitres
- 169.43 Demande d'arrêté

PARTIE V

Transport des personnes handicapées

- 169.5 Définitions
- 170 Règlements
- 171 Coordination
- 172 Enquête : obstacles au déplacement
 - 172.1 Enquête — paragraphe 170(1)
 - 172.2 Rajustement annuel
 - 172.3 Enquêtes : transport des personnes handicapées
 - 172.4 Fonds de participation

PARTIE VI

Dispositions générales

Mesures de contrainte

- 173 Déclarations fausses ou trompeuses
- 174 Infraction et peines
- 175 Dirigeants des personnes morales
- 176 Prescription

Sanctions administratives pécuniaires

- 176.1 Définition de Tribunal
- 177 Pouvoirs réglementaires de l'Office
- 178 Procès-verbaux

178.1	Other powers — subsection 170(1) and Accessible Canada Act
179	Violations
180	Issuance of notice of violation
180.1	Options
180.2	Payment of specified amount
180.3	Request for review — penalty
180.5	Determination by Tribunal member
180.6	Right of appeal
180.61	Request for review — warning
180.62	Entering into compliance agreements
180.63	Refusal to enter compliance agreement
180.64	Certificate
180.7	Registration of certificate
180.8	References to “Minister”
181	Time limit for proceedings
181.1	Publication Production Order
181.2	Power to order production

PART VII

Repeals, Transitional Provisions, Consequential and Conditional Amendments and Coming into Force

Repeals

185	Repeal of R.S., c. R-3. Transitional Provisions
186	Definition of National Transportation Agency
187	Powers, duties and functions
188	Appropriations
189	Employment continued
190	References
191	Rights and obligations
192	Commencement of legal proceedings
193	Continuation of legal proceedings
194	Members cease to hold office
195	Continuation of proceedings
196	Continuation of previous orders, etc.

178.1	Autres pouvoirs : paragraphe 170(1) et Loi canadienne sur l’accessibilité
179	Violation
180	Verbalisation
180.1	Options
180.2	Paiement du montant prévu
180.3	Requête en révision — sanction
180.5	Décision
180.6	Appel
180.61	Requête en révision — avertissement
180.62	Conclusion d’une transaction
180.63	Refus de transiger
180.64	Certificat
180.7	Enregistrement du certificat
180.8	Mention du ministre
181	Prescription
181.1	Publication Arrêtés de communication
181.2	Pouvoir d’ordonner la communication de documents

PARTIE VII

Abrogations, dispositions transitoires, modifications connexes, modifications conditionnelles et entrée en vigueur

Abrogations

185	Abrogation de L.R., ch. R-3. Dispositions transitoires
186	Définition de Office national des transports
187	Transfert d’attributions
188	Transfert de crédits
189	Postes
190	Renvois
191	Transfert des droits et obligations
192	Procédures judiciaires nouvelles
193	Procédures en cours devant les tribunaux
194	Fin de mandat
195	Poursuite des procédures
196	Maintien des décisions, arrêtés, règles, règlements et directives antérieurs

197	Continuation of railway crossing and junction orders
198	Continuation of road and utility crossing orders
199	Continuation of private crossing orders
201	Expropriation under Railway Act
201.1	Confidentiality of information Consequential and Related Amendments Conditional Amendments Coming into Force
*278	Coming into force

SCHEDULE I / ANNEXE I

SCHEDULE II

Grain, Crop or Product

SCHEDULE III / ANNEXE III

UN Numbers for Dangerous Goods /
Numéros ONU de marchandises
dangereuses

SCHEDULE IV

197	Maintien des ordonnances concernant les lignes de chemin de fer
198	Maintien des ordonnances concernant les franchissements
199	Maintien des ordonnances concernant les passages
201	Expropriation Loi sur les chemins de fer
201.1	Renseignement de nature confidentielle Modifications connexes Modifications conditionnelles Entrée en vigueur
*278	Entrée en vigueur

SCHEDULE I / ANNEXE I

ANNEXE II

Grains, plantes ou produits

SCHEDULE III / ANNEXE III

UN Numbers for Dangerous Goods /
Numéros ONU de marchandises
dangereuses

ANNEXE IV



S.C. 1996, c. 10

L.C. 1996, ch. 10

An Act to continue the National Transportation Agency as the Canadian Transportation Agency, to consolidate and revise the National Transportation Act, 1987 and the Railway Act and to amend or repeal other Acts as a consequence

Loi maintenant l'Office national des transports sous le nom d'Office des transports du Canada, codifiant et remaniant la Loi de 1987 sur les transports nationaux et la Loi sur les chemins de fer et modifiant ou abrogeant certaines lois

[Assented to 29th May 1996]

[Sanctionnée le 29 mai 1996]

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

Short Title

Short title

1 This Act may be cited as the *Canada Transportation Act*.

Titre abrégé

Titre abrégé

1 *Loi sur les transports au Canada*.

Her Majesty

Binding on Her Majesty

2 This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.

Sa Majesté

Obligation de Sa Majesté

2 La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.

Application

Application generally

3 This Act applies in respect of transportation matters under the legislative authority of Parliament.

Application

Champ d'application

3 La présente loi s'applique aux questions de transport relevant de la compétence législative du Parlement.

Conflicts

4 (1) Subject to subsection (2), where there is a conflict between any order or regulation made under this Act in respect of a particular mode of transportation and any rule, order or regulation made under any other Act of

Incompatibilité

4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les arrêtés ou règlements pris sous le régime de la présente loi à l'égard d'un mode de transport l'emportent sur les règles, arrêtés ou règlements incompatibles pris sous celui d'autres lois fédérales.

PART I

Administration

Canadian Transportation Agency

Continuation and Organization

Agency continued

7 (1) The agency known as the National Transportation Agency is continued as the Canadian Transportation Agency.

Composition of Agency

(2) The Agency shall consist of not more than five members appointed by the Governor in Council, and such temporary members as are appointed under subsection 9(1), each of whom must, on appointment or reappointment and while serving as a member, be a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*.

Chairperson and Vice-Chairperson

(3) The Governor in Council shall designate one of the members appointed under subsection (2) to be the Chairperson of the Agency and one of the other members appointed under that subsection to be the Vice-Chairperson of the Agency.

1996, c. 10, s. 7; 2001, c. 27, s. 221; 2007, c. 19, s. 3; 2015, c. 3, s. 30(E).

Term of members

8 (1) Each member appointed under subsection 7(2) shall hold office during good behaviour for a term of not more than five years and may be removed for cause by the Governor in Council.

Reappointment

(2) A member appointed under subsection 7(2) is eligible to be reappointed on the expiration of a first or subsequent term of office.

Continuation in office

(3) If a member appointed under subsection 7(2) ceases to hold office, the Chairperson may authorize the member to continue to hear any matter that was before the member on the expiry of the member's term of office and that member is deemed to be a member of the Agency, but that person's status as a member does not preclude the appointment of up to five members under subsection 7(2) or up to three temporary members under subsection 9(1).

1996, c. 10, s. 8; 2007, c. 19, s. 4; 2015, c. 3, s. 31(E).

PARTIE I

Administration

Office des transports du Canada

Maintien et composition

Maintien de l'Office

7 (1) L'Office national des transports est maintenu sous le nom d'Office des transports du Canada.

Composition

(2) L'Office est composé, d'une part, d'au plus cinq membres nommés par le gouverneur en conseil et, d'autre part, des membres temporaires nommés en vertu du paragraphe 9(1). Tout membre doit, du moment de sa nomination, être et demeurer un citoyen canadien ou un résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

Président et vice-président

(3) Le gouverneur en conseil choisit le président et le vice-président de l'Office parmi les membres nommés en vertu du paragraphe (2).

1996, ch. 10, art. 7; 2001, ch. 27, art. 221; 2007, ch. 19, art. 3; 2015, ch. 3, art. 30(A).

Durée du mandat

8 (1) Les membres nommés en vertu du paragraphe 7(2) le sont à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, sous réserve de révocation motivée par le gouverneur en conseil.

Renouvellement du mandat

(2) Les mandats sont renouvelables.

Continuation de mandat

(3) Le président peut autoriser un membre nommé en vertu du paragraphe 7(2) qui cesse d'exercer ses fonctions à continuer, après la date d'expiration de son mandat, à entendre toute question dont il se trouve saisi à cette date. À cette fin, le membre est réputé être membre de l'Office mais son statut n'empêche pas la nomination de cinq membres en vertu du paragraphe 7(2) ou de trois membres temporaires en vertu du paragraphe 9(1).

1996, ch. 10, art. 8; 2007, ch. 19, art. 4; 2015, ch. 3, art. 31(A).

another domestic service that is not between the two points but is a reasonable alternative taking into consideration the convenience of access to the service, the number of stops, the number of seats offered, the frequency of service, the flight connections and the total travel time and, more specifically, in the case of cargo, the cargo capacity and cargo container types available.

Consideration of representations

(5) Before making a direction under paragraph (1)(b) or subsection (2), the Agency shall consider any representations that the licensee has made with respect to what is reasonable in the circumstances.

(6) and (7) [Repealed, 2007, c. 19, s. 19]

Confidentiality of information

(8) The Agency may take any measures or make any order that it considers necessary to protect the confidentiality of any of the following information that it is considering in the course of any proceedings under this section:

- (a)** information that constitutes a trade secret;
- (b)** information the disclosure of which would likely cause material financial loss to, or prejudice to the competitive position of, the person providing the information or on whose behalf it is provided; and
- (c)** information the disclosure of which would likely interfere with contractual or other negotiations being conducted by the person providing the information or on whose behalf it is provided.

1996, c. 10, s. 66; 2000, c. 15, s. 4; 2007, c. 19, s. 19.

Tariffs to be made public

67 (1) The holder of a domestic licence shall

- (a)** display in a prominent place at the business offices of the licensee a sign indicating that the tariffs for the domestic service offered by the licensee, including the terms and conditions of carriage, are available for public inspection at the business offices of the licensee, and allow the public to make such inspections;
- (a.1)** publish the terms and conditions of carriage on any Internet site used by the licensee for selling the domestic service offered by the licensee;
- (b)** in its tariffs, specifically identify the basic fare between all points for which a domestic service is offered by the licensee; and

service intérieur, qui n'est pas offert entre ces deux points, mais qui est suffisant compte tenu de la commodité de l'accès au service, du nombre d'escalas, de correspondances ou de places disponibles, de la fréquence des vols et de la durée totale du voyage et, plus précisément, dans le cas du transport de marchandises, de la capacité de transport et des types de conteneurs disponibles.

Représentations

(5) Avant de rendre l'ordonnance mentionnée à l'alinéa (1)b) ou au paragraphe (2), l'Office tient compte des observations du licencié sur les mesures qui seraient justifiées dans les circonstances.

(6) et (7) [Abrogés, 2007, ch. 19, art. 19]

Confidentialité des renseignements

(8) L'Office peut prendre toute mesure, ou rendre toute ordonnance, qu'il estime indiquée pour assurer la confidentialité des renseignements ci-après qu'il examine dans le cadre du présent article :

- a)** les renseignements qui constituent un secret industriel;
- b)** les renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de causer des pertes financières importantes à la personne qui les a fournis ou de nuire à sa compétitivité;
- c)** les renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations — contractuelles ou autres — menées par la personne qui les a fournis.

1996, ch. 10, art. 66; 2000, ch. 15, art. 4; 2007, ch. 19, art. 19.

Publication des tarifs

67 (1) Le licencié doit :

- a)** poser à ses bureaux, dans un endroit bien en vue, une affiche indiquant que les tarifs et notamment les conditions de transport pour le service intérieur qu'il offre sont à la disposition du public pour consultation à ses bureaux et permettre au public de les consulter;
- a.1)** publier les conditions de transport sur tout site Internet qu'il utilise pour vendre le service intérieur;
- b)** indiquer clairement dans ses tarifs le prix de base du service intérieur qu'il offre entre tous les points qu'il dessert;
- c)** conserver ses tarifs en archive pour une période minimale de trois ans après leur cessation d'effet.

(c) retain a record of its tariffs for a period of not less than three years after the tariffs have ceased to have effect.

Prescribed tariff information to be included

(2) A tariff referred to in subsection (1) shall include such information as may be prescribed.

No fares, etc., unless set out in tariff

(3) The holder of a domestic licence shall not apply any fare, rate, charge or term or condition of carriage applicable to the domestic service it offers unless the fare, rate, charge, term or condition is set out in a tariff that has been published or displayed under subsection (1) and is in effect.

Copy of tariff on payment of fee

(4) The holder of a domestic licence shall provide a copy or excerpt of its tariffs to any person on request and on payment of a fee not exceeding the cost of making the copy or excerpt.

1996, c. 10, s. 67; 2000, c. 15, s. 5; 2007, c. 19, s. 20.

Fares or rates not set out in tariff

67.1 If, on complaint in writing to the Agency by any person, the Agency finds that, contrary to subsection 67(3), the holder of a domestic licence has applied a fare, rate, charge or term or condition of carriage applicable to the domestic service it offers that is not set out in its tariffs, the Agency may order the licensee to

(a) apply a fare, rate, charge or term or condition of carriage that is set out in its tariffs;

(b) compensate any person adversely affected for any expenses they incurred as a result of the licensee's failure to apply a fare, rate, charge or term or condition of carriage that was set out in its tariffs; and

(c) take any other appropriate corrective measures.

2000, c. 15, s. 6; 2007, c. 19, s. 21.

When unreasonable or unduly discriminatory terms or conditions

67.2 (1) If, on complaint in writing to the Agency by any person, the Agency finds that the holder of a domestic licence has applied terms or conditions of carriage applicable to the domestic service it offers that are unreasonable or unduly discriminatory, the Agency may suspend or disallow those terms or conditions and substitute other terms or conditions in their place.

Renseignements tarifaires

(2) Les tarifs comportent les renseignements exigés par règlement.

Interdiction

(3) Le titulaire d'une licence intérieure ne peut appliquer à l'égard d'un service intérieur que le prix, le taux, les frais ou les conditions de transport applicables figurant dans le tarif en vigueur publié ou affiché conformément au paragraphe (1).

Exemplaire du tarif

(4) Il fournit un exemplaire de tout ou partie de ses tarifs sur demande et paiement de frais non supérieurs au coût de reproduction de l'exemplaire.

1996, ch. 10, art. 67; 2000, ch. 15, art. 5; 2007, ch. 19, art. 20.

Prix, taux, frais ou conditions non inclus au tarif

67.1 S'il conclut, sur dépôt d'une plainte, que le titulaire d'une licence intérieure a, contrairement au paragraphe 67(3), appliqué à l'un de ses services intérieurs un prix, un taux, des frais ou d'autres conditions de transport ne figurant pas au tarif, l'Office peut, par ordonnance, lui enjoindre :

a) d'appliquer un prix, un taux, des frais ou d'autres conditions de transport figurant au tarif;

b) d'indemniser toute personne lésée des dépenses qu'elle a supportées consécutivement à la non-application du prix, du taux, des frais ou des autres conditions qui figureraient au tarif;

c) de prendre toute autre mesure corrective indiquée.

2000, ch. 15, art. 6; 2007, ch. 19, art. 21.

Conditions déraisonnables

67.2 (1) S'il conclut, sur dépôt d'une plainte, que le titulaire d'une licence intérieure a appliqué pour un de ses services intérieurs des conditions de transport déraisonnables ou injustement discriminatoires, l'Office peut suspendre ou annuler ces conditions et leur en substituer de nouvelles.

Air Travel Complaints

Review and mediation

85.1 (1) If a person has made a complaint under any provision of this Part, the Agency, or a person authorized to act on the Agency's behalf, shall review and may attempt to resolve the complaint and may, if appropriate, mediate or arrange for mediation of the complaint.

Report

(2) The Agency or a person authorized to act on the Agency's behalf shall report to the parties outlining their positions regarding the complaint and any resolution of the complaint.

Complaint not resolved

(3) If the complaint is not resolved under this section to the complainant's satisfaction, the complainant may request the Agency to deal with the complaint in accordance with the provisions of this Part under which the complaint has been made.

Further proceedings

(4) A member of the Agency or any person authorized to act on the Agency's behalf who has been involved in attempting to resolve or mediate the complaint under this section may not act in any further proceedings before the Agency in respect of the complaint.

Extension of time

(5) The period of 120 days referred to in subsection 29(1) shall be extended by the period taken by the Agency or any person authorized to act on the Agency's behalf to review and attempt to resolve or mediate the complaint under this section.

Part of annual report

(6) The Agency shall, as part of its annual report, indicate the number and nature of the complaints filed under this Part, the names of the carriers against whom the complaints were made, the manner complaints were dealt with and the systemic trends observed.

2000, c. 15, s. 7.1; 2007, c. 19, s. 25.

Regulations

Regulations

86 (1) The Agency may make regulations

- (a)** classifying air services;
- (b)** classifying aircraft;

Plaintes relatives au transport aérien

Examen et médiation

85.1 (1) L'Office ou son délégué examine toute plainte déposée en vertu de la présente partie et peut tenter de régler l'affaire; il peut, dans les cas indiqués, jouer le rôle de médiateur entre les parties ou pourvoir à la médiation entre celles-ci.

Communication aux parties

(2) L'Office ou son délégué fait rapport aux parties des grandes lignes de la position de chacune d'entre elles et de tout éventuel règlement.

Affaire non réglée

(3) Si l'affaire n'est pas réglée à la satisfaction du plaignant dans le cadre du présent article, celui-ci peut demander à l'Office d'examiner la plainte conformément aux dispositions de la présente partie en vertu desquelles elle a été déposée.

Inhabilité

(4) Le membre de l'Office ou le délégué qui a tenté de régler l'affaire ou joué le rôle de médiateur en vertu du présent article ne peut agir dans le cadre de procédures ultérieures, le cas échéant, devant l'Office à l'égard de la plainte en question.

Prolongation

(5) La période de cent vingt jours prévue au paragraphe 29(1) est prolongée de la durée de la période durant laquelle l'Office ou son délégué agit en vertu du présent article.

Inclusion dans le rapport annuel

(6) L'Office inclut dans son rapport annuel le nombre et la nature des plaintes déposées au titre de la présente partie, le nom des transporteurs visés par celles-ci, la manière dont elles ont été traitées et les tendances systémiques qui se sont manifestées.

2000, ch. 15, art. 7.1; 2007, ch. 19, art. 25.

Règlements

Pouvoirs de l'Office

86 (1) L'Office peut, par règlement :

- a)** classifier les services aériens;
- b)** classifier les aéronefs;

- (c)** prescribing liability insurance coverage requirements for air services or aircraft;
- (d)** prescribing financial requirements for each class of air service or aircraft;
- (e)** respecting the issuance, amendment and cancellation of permits for the operation of international charters;
- (f)** respecting the duration and renewal of licences;
- (g)** respecting the amendment of licences;
- (h)** respecting traffic and tariffs, fares, rates, charges and terms and conditions of carriage for international service, including
 - (i)** providing for the disallowance or suspension by the Agency of any tariff, fare, rate or charge,
 - (ii)** providing for the establishment and substitution by the Agency of any tariff, fare, rate or charge disallowed by the Agency,
 - (iii)** authorizing the Agency to direct a licensee or carrier to take the corrective measures that the Agency considers appropriate and to pay compensation for any expense incurred by a person adversely affected by the licensee's or carrier's failure to apply the fares, rates, charges or terms or conditions of carriage that are applicable to the service it offers and that were set out in its tariffs, if the Agency receives a written complaint and, if the complaint is related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under subsection 86.11(1), it is filed by the person adversely affected,
 - (iii.1)** authorizing the Agency to make applicable, to some or to all passengers of the same flight as the complainant, all or part of the Agency's decision respecting a complaint related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under paragraph 86.11(1)(b), to the extent that it considers appropriate, and
 - (iv)** requiring a licensee or carrier to display the terms and conditions of carriage for its international service on its Internet site, if the site is used for selling the international service of the licensee or carrier;
- (i)** requiring licensees to file with the Agency any documents and information relating to activities under their licences that are necessary for the purposes of

- (c)** prévoir les exigences relatives à la couverture d'assurance responsabilité pour les services aériens et les aéronefs;
- (d)** prévoir les exigences financières pour chaque catégorie de service aérien ou d'aéronefs;
- (e)** régir la délivrance, la modification et l'annulation des permis d'affrètements internationaux;
- (f)** fixer la durée de validité et les modalités de renouvellement des licences;
- (g)** régir la modification des licences;
- (h)** prendre toute mesure concernant le trafic et les tarifs, prix, taux, frais et conditions de transport liés au service international, notamment prévoir qu'il peut :
 - (i)** annuler ou suspendre des tarifs, prix, taux ou frais,
 - (ii)** établir de nouveaux tarifs, prix, taux ou frais en remplacement de ceux annulés,
 - (iii)** sur dépôt d'une plainte écrite, laquelle, si elle se rapporte à des conditions de transport visant des obligations prévues par un règlement pris en vertu du paragraphe 86.11(1), doit être déposée par la personne lésée, enjoindre à tout licencié ou transporteur de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées et de verser des indemnités à la personne lésée par la non-application par le licencié ou le transporteur des prix, taux, frais ou conditions de transport applicables au service et qui figuraient au tarif,
 - (iii.1)** rendre applicable, dans la mesure qu'il estime indiquée, à une partie ou à l'ensemble des passagers du même vol que l'auteur d'une plainte qui porte sur une condition de transport visant une obligation prévue par un règlement pris en vertu de l'alinéa 86.11(1)b), tout ou partie de sa décision relative à cette plainte,
 - (iv)** obliger tout licencié ou transporteur à publier les conditions de transport du service international sur tout site Internet qu'il utilise pour vendre ce service;
- (i)** demander aux licenciés de déposer auprès de lui les documents ainsi que les renseignements relatifs aux activités liées à leurs licences et nécessaires à l'exercice de ses attributions dans le cadre de la présente partie, et fixer les modalités de temps ou autres du dépôt;

enabling the Agency to exercise its powers and perform its duties and functions under this Part and respecting the manner in which and the times at which the documents and information are to be filed;

(j) requiring licensees to include in contracts or arrangements with travel wholesalers, tour operators, charterers or other persons associated with the provision of air services to the public, or to make those contracts and arrangements subject to, terms and conditions specified or referred to in the regulations;

(k) defining words and expressions for the purposes of this Part;

(l) excluding a person from any of the requirements of this Part;

(m) prescribing any matter or thing that by this Part is to be prescribed; and

(n) generally for carrying out the purposes and provisions of this Part.

Exclusion not to provide certain relief

(2) No regulation shall be made under paragraph (1)(l) that has the effect of relieving a person from any provision of this Part that requires a person to be a Canadian and to have a Canadian aviation document and prescribed liability insurance coverage in respect of an air service.

(3) [Repealed, 2007, c. 19, s. 26]

1996, c. 10, s. 86; 2000, c. 15, s. 8; 2007, c. 19, s. 26; 2018, c. 10, s. 18.

Advertising regulations

86.1 (1) The Agency shall make regulations respecting advertising in all media, including on the Internet, of prices for air services within, or originating in, Canada.

Contents of regulations

(2) Without limiting the generality of subsection (1), regulations shall be made under that subsection requiring a carrier who advertises a price for an air service to include in the price all costs to the carrier of providing the service and to indicate in the advertisement all fees, charges and taxes collected by the carrier on behalf of another person in respect of the service, so as to enable a purchaser of the service to readily determine the total amount to be paid for the service.

j) demander aux licenciés d'inclure dans les contrats ou ententes conclus avec les grossistes en voyages, voyagistes, affréteurs ou autres personnes associées à la prestation de services aériens au public les conditions prévues dans les règlements ou d'assujettir ces contrats ou ententes à ces conditions;

k) définir les termes non définis de la présente partie;

l) exempter toute personne des obligations imposées par la présente partie;

m) prendre toute mesure d'ordre réglementaire prévue par la présente partie;

n) prendre toute autre mesure d'application de la présente partie.

Exception

(2) Les obligations imposées par la présente partie relativement à la qualité de Canadien, au document d'aviation canadien et à la police d'assurance responsabilité réglementaire en matière de service aérien ne peuvent faire l'objet de l'exemption prévue à l'alinéa (1)l).

(3) [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 26]

1996, ch. 10, art. 86; 2000, ch. 15, art. 8; 2007, ch. 19, art. 26; 2018, ch. 10, art. 18.

Règlement concernant la publicité des prix

86.1 (1) L'Office régit, par règlement, la publicité dans les médias, y compris dans Internet, relative aux prix des services aériens au Canada ou dont le point de départ est au Canada.

Contenu des règlements

(2) Les règlements exigent notamment que le prix des services aériens mentionné dans toute publicité faite par le transporteur inclue les coûts supportés par celui-ci pour la fourniture des services et que la publicité indique les frais, droits et taxes perçus par lui pour le compte d'autres personnes, de façon à permettre à l'acheteur de déterminer aisément la somme à payer pour ces services.

Regulations may prescribe

(3) Without limiting the generality of subsection (1), the regulations may prescribe what are costs, fees, charges and taxes for the purposes of subsection (2).

2007, c. 19, s. 27.

Regulations — carrier's obligations towards passengers

86.11 (1) The Agency shall, after consulting with the Minister, make regulations in relation to flights to, from and within Canada, including connecting flights,

(a) respecting the carrier's obligation to make terms and conditions of carriage and information regarding any recourse available against the carrier, as specified in the regulations, readily available to passengers in language that is simple, clear and concise;

(b) respecting the carrier's obligations in the case of flight delay, flight cancellation or denial of boarding, including

(i) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet and the minimum compensation the carrier is required to pay for inconvenience when the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control,

(ii) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet when the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control, but is required for safety purposes, including in situations of mechanical malfunctions,

(iii) the carrier's obligation to ensure that passengers complete their itinerary when the delay, cancellation or denial of boarding is due to situations outside the carrier's control, such as natural phenomena and security events, and

(iv) the carrier's obligation to provide timely information and assistance to passengers;

(c) prescribing the minimum compensation for lost or damaged baggage that the carrier is required to pay;

(d) respecting the carrier's obligation to facilitate the assignment of seats to children under the age of 14 years in close proximity to a parent, guardian or tutor at no additional cost and to make the carrier's terms and conditions and practices in this respect readily available to passengers;

Précisions

(3) Les règlements peuvent également préciser, pour l'application du paragraphe (2), les types de coûts, frais, droits et taxes visés à ce paragraphe.

2007, ch. 19, art. 27.

Règlements — obligations des transporteurs aériens envers les passagers

86.11 (1) L'Office prend, après consultation du ministre, des règlements relatifs aux vols à destination, en provenance et à l'intérieur du Canada, y compris les vols de correspondance, pour :

a) régir l'obligation, pour le transporteur, de rendre facilement accessibles aux passagers en langage simple, clair et concis les conditions de transport — et les renseignements sur les recours possibles contre le transporteur — qui sont précisés par règlements;

b) régir les obligations du transporteur dans les cas de retard et d'annulation de vols et de refus d'embarquement, notamment :

(i) les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers et les indemnités minimales qu'il doit verser aux passagers pour les inconvénients qu'ils ont subis, lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable,

(ii) les normes minimales relatives au traitement des passagers que doit respecter le transporteur lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable, mais est nécessaire par souci de sécurité, notamment en cas de défaillance mécanique,

(iii) l'obligation, pour le transporteur, de faire en sorte que les passagers puissent effectuer l'itinéraire prévu lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de sa volonté, notamment un phénomène naturel ou un événement lié à la sécurité,

(iv) l'obligation, pour le transporteur, de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers;

c) prévoir les indemnités minimales à verser par le transporteur aux passagers en cas de perte ou d'endommagement de bagage;

d) régir l'obligation, pour le transporteur, de faciliter l'attribution, aux enfants de moins de quatorze ans, de sièges à proximité d'un parent ou d'un tuteur sans

(e) requiring the carrier to establish terms and conditions of carriage with regard to the transportation of musical instruments;

(f) respecting the carrier's obligations in the case of tarmac delays over three hours, including the obligation to provide timely information and assistance to passengers, as well as the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet; and

(g) respecting any of the carrier's other obligations that the Minister may issue directions on under subsection (2).

Ministerial directions

(2) The Minister may issue directions to the Agency to make a regulation under paragraph (1)(g) respecting any of the carrier's other obligations towards passengers. The Agency shall comply with these directions.

Restriction

(3) A person shall not receive compensation from a carrier under regulations made under subsection (1) if that person has already received compensation for the same event under a different passenger rights regime than the one provided for under this Act.

Obligations deemed to be in tariffs

(4) The carrier's obligations established by a regulation made under subsection (1) are deemed to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariffs in so far as the carrier's tariffs do not provide more advantageous terms and conditions of carriage than those obligations.

2018, c. 10, s. 19.

Regulations and orders

86.2 A regulation or order made under this Part may be conditional or unconditional or qualified or unqualified and may be general or restricted to a specific area, person or thing or group or class of persons or things.

2007, c. 19, s. 27.

frais supplémentaires et de rendre facilement accessibles aux passagers ses conditions de transport et pratiques à cet égard;

e) exiger du transporteur qu'il élabore des conditions de transport applicables au transport d'instruments de musique;

f) régir les obligations du transporteur en cas de retard de plus de trois heures sur l'aire de trafic, notamment celle de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers et les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers;

g) régir toute autre obligation du transporteur sur directives du ministre données en vertu du paragraphe (2).

Directives ministérielles

(2) Le ministre peut donner des directives à l'Office lui demandant de régir par un règlement pris en vertu de l'alinéa (1)g) toute autre obligation du transporteur envers les passagers. L'Office est tenu de se conformer à ces directives.

Restriction

(3) Nul ne peut obtenir du transporteur une indemnité au titre d'un règlement pris en vertu du paragraphe (1) dans le cas où il a déjà été indemnisé pour le même événement dans le cadre d'un autre régime de droits des passagers que celui prévu par la présente loi.

Obligations réputées figurer au tarif

(4) Les obligations du transporteur prévues par un règlement pris en vertu du paragraphe (1) sont réputées figurer au tarif du transporteur dans la mesure où le tarif ne prévoit pas des conditions de transport plus avantageuses que ces obligations.

2018, ch. 10, art. 19.

Textes d'application

86.2 Les textes d'application de la présente partie peuvent être conditionnels ou absolus, assortis ou non de réserves, et de portée générale ou limitée quant aux zones, personnes, objets ou catégories de personnes ou d'objets visés.

2007, ch. 19, art. 27.

TAB 4



CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Federal Courts Act

Loi sur les Cours fédérales

R.S.C., 1985, c. F-7

L.R.C. (1985), ch. F-7

Current to April 2, 2020

À jour au 2 avril 2020

Last amended on August 28, 2019

Dernière modification le 28 août 2019

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (2) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence

31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

Inconsistencies in Acts

(2) In the event of an inconsistency between a consolidated statute published by the Minister under this Act and the original statute or a subsequent amendment as certified by the Clerk of the Parliaments under the *Publication of Statutes Act*, the original statute or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

NOTE

This consolidation is current to April 2, 2020. The last amendments came into force on August 28, 2019. Any amendments that were not in force as of April 2, 2020 are set out at the end of this document under the heading “Amendments Not in Force”.

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (2) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1^{er} juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve

31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

Incompatibilité – lois

(2) Les dispositions de la loi d'origine avec ses modifications subséquentes par le greffier des Parlements en vertu de la *Loi sur la publication des lois* l'emportent sur les dispositions incompatibles de la loi codifiée publiée par le ministre en vertu de la présente loi.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

Cette codification est à jour au 2 avril 2020. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 28 août 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 2 avril 2020 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS

An Act respecting the Federal Court of Appeal and the Federal Court

	Short Title
1	Short title
	Interpretation
2	Definitions
	The Courts
3	Federal Court — Appeal Division continued
4	Federal Court — Trial Division continued
	The Judges
5	Constitution of Federal Court of Appeal
5.1	Constitution of Federal Court
5.2	Appointment of judges
5.3	Who may be appointed judge
5.4	Judges from Quebec
6	Rank and precedence
7	Residence of judges
8	Tenure of office
9	Oath of office for judges
10	Deputy judges of the Federal Court of Appeal
10.1	Meetings
	Barristers, Advocates, Attorneys and Solicitors
11	Barrister or advocate
	Prothonotaries
12	Prothonotaries
	Sheriffs and Marshals
13	Sheriff

TABLE ANALYTIQUE

Loi concernant la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale

	Titre abrégé
1	Titre abrégé
	Définitions
2	Définitions
	Les cours
3	Maintien : section d'appel
4	Maintien : Section de première instance
	Les juges
5	Composition de la Cour d'appel fédérale
5.1	Composition de la Cour fédérale
5.2	Nomination des juges
5.3	Conditions de nomination
5.4	Représentation du Québec
6	Rang et préséance des juges
7	Lieu de résidence des juges
8	Durée du mandat
9	Serment professionnel
10	Juges suppléants — Cour d'appel fédérale
10.1	Rencontre annuelle
	Avocats et procureurs
11	Avocats
	Protonotaires
12	Protonotaires
	Shérifs et prévôts
13	Shérif

	Judicial Administrators		Administrateurs judiciaires
14	Designation	14	Administrateurs judiciaires
	Organization of Work		Organisation des travaux
15	Sittings of the Federal Court	15	Séances de la Cour fédérale
16	Sittings of the Federal Court of Appeal	16	Séances de la Cour d'appel fédérale
	Jurisdiction of Federal Court		Compétence de la Cour fédérale
17	Relief against the Crown	17	Réparation contre la Couronne
18	Extraordinary remedies, federal tribunals	18	Recours extraordinaires : offices fédéraux
18.1	Application for judicial review	18.1	Demande de contrôle judiciaire
18.2	Interim orders	18.2	Mesures provisoires
18.3	Reference by federal tribunal	18.3	Renvoi d'un office fédéral
18.4	Hearings in summary way	18.4	Procédure sommaire d'audition
18.5	Exception to sections 18 and 18.1	18.5	Dérogation aux art. 18 et 18.1
19	Intergovernmental disputes	19	Différends entre gouvernements
20	Industrial property, exclusive jurisdiction	20	Propriété industrielle : compétence exclusive
22	Navigation and shipping	22	Navigation et marine marchande
23	Bills of exchange and promissory notes — aeronautics and interprovincial works and undertakings	23	Lettres de change et billets à ordre — Aéronautique et ouvrages interprovinciaux
25	Extraprovincial jurisdiction	25	Compétence extra-provinciale
26	General original jurisdiction	26	Tribunal de droit commun
	Jurisdiction of Federal Court of Appeal		Compétence de la Cour d'appel fédérale
27	Appeals from Federal Court	27	Appels des jugements de la Cour fédérale
28	Judicial review	28	Contrôle judiciaire
	Substantive Provisions		Dispositions de fond
36	Prejudgment interest — cause of action within province	36	Intérêt avant jugement — Fait survenu dans une province
37	Judgment interest — causes of action within province	37	Intérêt sur les jugements — Fait survenu dans une seule province
39	Prescription and limitation on proceedings	39	Prescription — Fait survenu dans une province
40	Vexatious proceedings	40	Poursuites vexatoires
42	Maritime law continued	42	Maintien du droit maritime
43	Jurisdiction in personam	43	Compétence en matière personnelle
44	Mandamus, injunction, specific performance or appointment of receiver	44	Mandamus, injonction, exécution intégrale ou nomination d'un séquestre

Procedure

- 45 Giving of judgment after judge ceases to hold office
- 45.1 Rules Committee
- 46 Rules
- 48 How proceeding against Crown instituted
- 49 No juries
- 50 Stay of proceedings authorized
- 50.1 Stay of proceedings
- 51 Reasons for judgment to be filed

Judgments of Federal Court of Appeal

- 52 Powers of Federal Court of Appeal

Evidence

- 53 Taking of evidence
- 54 Who may administer oath, affidavit or affirmation

Process

- 55 Application of process
- 56 Analogy to provincial process

General

- 57 Constitutional questions
- 57.1 Fees to be paid to Receiver General
- 58 Law reports editor
- 59 Police services

SCHEDULE

Procédure

- 45 Jugement rendu après cessation de fonctions
- 45.1 Comité des règles
- 46 Règles
- 48 Acte introductif d'instance contre la Couronne
- 49 Audition sans jury
- 50 Suspension d'instance
- 50.1 Suspension des procédures
- 51 Dépôt des motifs du jugement

Jugements de la cour d'appel fédérale

- 52 Pouvoirs de la Cour d'appel fédérale

Preuve

- 53 Déposition
- 54 Habilitation à faire prêter serment

Moyens de contrainte

- 55 Champ d'application
- 56 Analogie avec les moyens de contrainte des tribunaux provinciaux

Dispositions générales

- 57 Questions constitutionnelles
- 57.1 Frais payables au receveur général
- 58 Arrêviste
- 59 Police

ANNEXE



R.S.C., 1985, c. F-7

L.R.C., 1985, ch. F-7

An Act respecting the Federal Court of Appeal and the Federal Court

Loi concernant la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale

Short Title

Titre abrégé

Short title

1 This Act may be cited as the *Federal Courts Act*.

R.S., 1985, c. F-7, s. 1; 2002, c. 8, s. 14.

Titre abrégé

1 *Loi sur les Cours fédérales*.

L.R. (1985), ch. F-7, art. 1; 2002, ch. 8, art. 14.

Interpretation

Définitions

Definitions

2 (1) In this Act,

action for collision includes an action for damage caused by one or more ships to another ship or ships or to property or persons on board another ship or ships as a result of carrying out or omitting to carry out a manoeuvre, or as a result of non-compliance with law, even though there has been no actual collision; (*action pour collision*)

Associate Chief Justice [Repealed, 2002, c. 8, s. 15]

Canadian maritime law means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act*, chapter A-1 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this Act or any other Act of Parliament; (*droit maritime canadien*)

Chief Justice [Repealed, 2002, c. 8, s. 15]

Court [Repealed, 2002, c. 8, s. 15]

Court of Appeal [Repealed, 2002, c. 8, s. 15]

Crown means Her Majesty in right of Canada; (*Couronne*)

Définitions

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

action pour collision S'entend notamment d'une action pour dommages causés par un ou plusieurs navires à un ou plusieurs autres navires ou à des biens ou personnes à bord d'un ou plusieurs autres navires par suite de l'exécution ou de l'inexécution d'une manœuvre, ou par suite de l'inobservation du droit, même s'il n'y a pas eu effectivement collision. (*action for collision*)

biens Biens de toute nature, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, notamment les droits et les parts ou actions. (*property*)

Cour [Abrogée, 2002, ch. 8, art. 15]

Cour d'appel ou **Cour d'appel fédérale** [Abrogée, 2002, ch. 8, art. 15]

Couronne Sa Majesté du chef du Canada. (*Crown*)

Cour suprême [Abrogée, 1990, ch. 8, art. 1]

droit canadien S'entend au sens de l'expression « lois du Canada » à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. (*laws of Canada*)

droit maritime canadien Droit — compte tenu des modifications y apportées par la présente loi ou par toute autre loi fédérale — dont l'application relevait de la Cour

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

Extraordinary remedies, members of Canadian Forces

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

Remedies to be obtained on application

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

R.S., 1985, c. F-7, s. 18; 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26.

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.

Time limitation

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

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

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

Recours extraordinaires : Forces canadiennes

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

Exercice des recours

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

L.R. (1985), ch. F-7, art. 18; 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26.

Demande de contrôle judiciaire

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.

Délai de présentation

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

Pouvoirs de la Cour fédérale

(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;

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.

Defect in form or technical irregularity

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

- (a)** refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and
- (b)** in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27.

Interim orders

18.2 On an application for judicial review, the Federal Court may make any interim orders that it considers appropriate pending the final disposition of the application.

1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 28.

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.

Motifs

(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.

Vice de forme

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27.

Mesures provisoires

18.2 La Cour fédérale peut, lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire, prendre les mesures provisoires qu'elle estime indiquées avant de rendre sa décision définitive.

1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 28.

(b.1) the Conflict of Interest and Ethics Commissioner appointed under section 81 of the *Parliament of Canada Act*;

(c) the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission established by the *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*;

(d) [Repealed, 2012, c. 19, s. 272]

(e) the Canadian International Trade Tribunal established by the *Canadian International Trade Tribunal Act*;

(f) the Canadian Energy Regulator established by the *Canadian Energy Regulator Act*;

(g) the Governor in Council, when the Governor in Council makes an order under subsection 186(1) of the *Canadian Energy Regulator Act*;

(g) the Appeal Division of the Social Security Tribunal established under section 44 of the *Department of Employment and Social Development Act*, unless the decision is made under subsection 57(2) or section 58 of that Act or relates to an appeal brought under subsection 53(3) of that Act or an appeal respecting a decision relating to further time to make a request under subsection 52(2) of that Act, section 81 of the *Canada Pension Plan*, section 27.1 of the *Old Age Security Act* or section 112 of the *Employment Insurance Act*;

(h) the Canada Industrial Relations Board established by the *Canada Labour Code*;

(i) the Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board referred to in subsection 4(1) of the *Federal Public Sector Labour Relations and Employment Board Act*;

(i.1) adjudicators as defined in subsection 2(1) of the *Federal Public Sector Labour Relations Act*;

(j) the Copyright Board established by the *Copyright Act*;

(k) the Canadian Transportation Agency established by the *Canada Transportation Act*;

(l) [Repealed, 2002, c. 8, s. 35]

(m) [Repealed, 2012, c. 19, s. 272]

(n) the Competition Tribunal established by the *Competition Tribunal Act*;

b.1) le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique nommé en vertu de l'article 81 de la *Loi sur le Parlement du Canada*;

c) le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes constitué par la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*;

d) [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 272]

e) le Tribunal canadien du commerce extérieur constitué par la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*;

f) la Régie canadienne de l'énergie constituée par la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*;

g) le gouverneur en conseil, quand il prend un décret en vertu du paragraphe 186(1) de la *Loi sur la Régie canadienne de l'énergie*;

g) la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale, constitué par l'article 44 de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, sauf dans le cas d'une décision qui est rendue au titre du paragraphe 57(2) ou de l'article 58 de cette loi ou qui vise soit un appel interjeté au titre du paragraphe 53(3) de cette loi, soit un appel concernant une décision relative au délai supplémentaire visée au paragraphe 52(2) de cette loi, à l'article 81 du *Régime de pensions du Canada*, à l'article 27.1 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ou à l'article 112 de la *Loi sur l'assurance-emploi*;

h) le Conseil canadien des relations industrielles au sens du *Code canadien du travail*;

i) la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral visée par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur la Commission des relations de travail et de l'emploi dans le secteur public fédéral*;

i.1) les arbitres de grief, au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral*;

j) la Commission du droit d'auteur constituée par la *Loi sur le droit d'auteur*;

k) l'Office des transports du Canada constitué par la *Loi sur les transports au Canada*;

l) [Abrogé, 2002, ch. 8, art. 35]

m) [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 272]

Appendix B

TAB 1

Federal Court
of Appeal



Cour d'appel
fédérale

Date: 20111212

Docket: A-355-10

Citation: 2011 FCA 347

**CORAM: LÉTOURNEAU J.A.
DAWSON J.A.
STRATAS J.A.**

BETWEEN:

AIR CANADA

Appellant

and

**TORONTO PORT AUTHORITY
and PORTER AIRLINES INC.**

Respondents

Heard at Toronto, Ontario, on June 6, 2011.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on December 12, 2011.

REASONS FOR JUDGMENT BY: STRATAS J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT BY: LÉTOURNEAU AND DAWSON J.J.A.

Federal Court
of Appeal



Cour d'appel
fédérale

Date: 20111212

Docket: A-355-10

Citation: 2011 FCA 347

**CORAM: LÉTOURNEAU J.A.
DAWSON J.A.
STRATAS J.A.**

BETWEEN:

AIR CANADA

Appellant

and

**TORONTO PORT AUTHORITY
and PORTER AIRLINES INC.**

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

STRATAS J.A.

[1] This is an appeal from the judgment of the Federal Court (*per* Justice Hughes): 2010 FC 774. The Federal Court dismissed two applications for judicial review brought by Air Canada.

[2] Air Canada brought the two applications for judicial review in response to two bulletins issued by the Toronto Port Authority concerning the Billy Bishop Toronto City Airport (the “City Airport”). The Toronto Port Authority manages and operates the City Airport.

[3] The Federal Court judge dismissed the applications for judicial review on a number of grounds. Three of those grounds and the Federal Court judge’s rulings on them were as follows:

- The Toronto Port Authority’s bulletins and its conduct described in the bulletins were not susceptible to judicial review. These matters did not trigger rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.
- In issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal.” Accordingly, judicial review was not available under the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. The Toronto Port Authority’s conduct was private in nature, not public.
- Air Canada failed to establish that the bulletins and the conduct described in them offended duties of procedural fairness, were unreasonable, or were motivated by an improper purpose.

[4] Air Canada now appeals to this Court from the dismissal of both of its applications for judicial review.

[5] Following oral argument, we reserved our decision in this appeal. Somewhat later, the Supreme Court of Canada released its decision in *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504. That decision was of potential significance to the second of these three grounds, and, in particular, to the public-private distinction and whether the Toronto Port Authority's conduct described in the bulletins is reviewable. Accordingly, we invited the parties to make further written submissions concerning that decision. We have now received the parties' further written submissions and we have considered them.

[6] For the reasons set out below, I agree with the Federal Court judge's dismissal of Air Canada's applications for judicial review. Like the Federal Court judge, I find that each of the above three grounds is fatal to the applications for judicial review. It follows that I would dismiss the appeal, with costs.

A. Basic facts

[7] The City Airport is located on Toronto Island. Once a quiet location frequented mainly by small aircraft and hobby fliers, it is now a bustling commercial airport. This transformation was years in the making.

[8] Key to this transformation was an agreement, entered into in 1983 among the City of Toronto, the Toronto Harbour Commissioners and the federal Minister of Transport. Known colloquially as the Tripartite Agreement, it granted to the Toronto Harbour Commissioners, and later its successor, the Toronto Port Authority, a 50-year lease for the City Airport and related facilities. Importantly, the Tripartite Agreement imposed an obligation on the Toronto Harbour Commissioners, and later the Toronto Port Authority, to regulate the number of takeoffs and landings in order to limit noise in the nearby residential neighbourhood.

[9] In 1990, Air Ontario, an Air Canada subsidiary, started operations at the City Airport. Later, another Air Canada affiliate, Jazz, operated at the City Airport.

[10] In 1998, the *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10 became law. A year later, under its provisions, the Toronto Port Authority was established and letters patent were issued to it: (1999) Canada Gazette Part I, vol. 133, no. 23 (supplement). These shall be examined later in these reasons. Under subsection 7.2(j) of the letters patent, the Toronto Port Authority was authorized to operate and manage the City Airport in accordance with the Tripartite Agreement.

[11] By 2002, the Toronto Port Authority was operating at a loss. As we shall later see, under the *Canada Marine Act*, the Toronto Port Authority was meant to be financially self-sufficient. To remedy its financial situation, the Toronto Port Authority tried to get Jazz to commit to the continuance and even the enhancement of its operations at the City Airport. In the meantime, the Toronto Port Authority started to enter into discussions with another proposed airline about

operating at the City Airport. That airline was later known as Porter, operated by the respondent Porter Airlines Inc.

[12] As part of this investigation, the Toronto Port Authority and the airline that was later to be known as Porter approached the Competition Bureau for advice about whether Porter could ramp up operations considerably at the City Airport, taking 143 of 167 takeoff and landing slots. The Competition Bureau responded. It defined the relevant market as including Lester B. Pearson International Airport, considered it to be a “close substitute” for the City Airport for Toronto air passengers, and noted Air Canada’s dominance at Pearson Airport. It concluded that capping Air Canada’s takeoff and landing slots at the City Airport at a low level and granting Porter a number of takeoff and landing slots at the City Airport would be justified “as an interim measure” to allow Porter to establish a viable new service at the City Airport.

[13] By 2004, Jazz reduced the number of locations served and the frequency of flights at the City Airport. By 2005, it ceased shuttle bus services to the ferry by which passengers travelled to and from the City Airport and it used only six takeoff and landing slots at the City Airport.

[14] Mindful of the coming expiration of Jazz’s Commercial Carrier Operating Agreement for the City Airport, the Toronto Port Authority proposed a new agreement with Jazz. Jazz rejected the proposal and ceased all of its operations at the City Airport in 2006.

[15] Soon afterward, Porter announced the launch of its services from the City Airport. It had already signed a Commercial Carrier Agreement with the Toronto Port Authority during the previous year (2005). That agreement provided for an initial period during which Porter would receive a guaranteed number of takeoff and landing slots, following which Porter would be entitled to those slots on a “use it or lose it” basis. Porter was also entitled to participate “on a fair basis” concerning any additional slots that might become available.

[16] After Porter announced its launch, Air Canada announced plans to reinstate its services at the City Airport. In addition, Air Canada’s affiliate, Jazz, started an action in the Ontario Superior Court against the Toronto Port Authority claiming damages. In this action, Jazz alleged, among other things, that the Toronto Port Authority gave Porter a monopoly on terminal facilities and the vast majority of takeoff and landing slots at the City Airport: see Amended Statement of Claim, paragraph 31, Appeal Book, volume 14, pages 5746-5747. In 2006, Jazz also filed applications for judicial review in the Federal Court, complaining of these same matters: see Notices of Application, Appeal Book, volume 15, pages 5894-5916 and 6189-6201. Later, Jazz discontinued or abandoned all of these proceedings.

[17] Porter’s flights from the City Airport steadily increased. Porter, through its affiliate City Centre Terminal Corp., invested \$49 million into the City Airport’s infrastructure, including the building of a new terminal and, later, expanding it. For the first time in more than two decades, the City Airport began to enjoy an operating profit.

[18] Later, in September, 2009, Air Canada expressed new interest in starting service from the City Airport. At this time, the Toronto Port Authority was studying the possibility of allowing new takeoff and landing slots within the limits of the Tripartite Agreement and was open to additional carriers operating at the City Airport and engaged in discussions with all of them, including Air Canada. The Toronto Port Authority's studies and discussions continued into 2010.

[19] On December 24, 2009 and April 9, 2010, the Toronto Port Authority issued the two bulletins that are the subject of Air Canada's applications for judicial review in this case. Also on April 9, 2010, unknown to Air Canada at the time, the Toronto Port Authority and Porter entered into a new Commercial Carrier Operating Agreement, under which Porter's existing landing slots were grandparented, with the result that Porter received 157 of 202 available takeoff and landing slots at the City Airport.

[20] In its application for judicial review of the second bulletin, Air Canada seeks the setting aside of Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement, among other things. However, as we shall see, that application for judicial review concerns the Toronto Port Authority's "decisions" evidenced in the second bulletin, not the Toronto Port Authority's decision to enter into the 2010 Commercial Carrier Operating Agreement with Porter. Air Canada has not brought an application for judicial review of that decision.

B. Did the Toronto Port Authority’s conduct described in the bulletins constitute administrative action susceptible to judicial review?

[21] As mentioned above, before the Federal Court were two applications for judicial review launched in response to the two bulletins. In response, the respondents submitted to the Federal Court that judicial review was not available because the Toronto Port Authority had not made a “decision” or “order” within the meaning of the *Federal Courts Act*. All that the Toronto Port Authority had done was to issue two information bulletins of a general nature. Air Canada disagreed with the respondents and submitted to the Federal Court that there was such a “decision” or “order” and so judicial review was available to it. The parties advanced substantially similar submissions in this Court.

[22] The Federal Court judge agreed with the respondents’ submissions, finding that that no “decision” or “order” was present before him because the Toronto Port Authority’s bulletins “do not determine anything” (at paragraph 73).

[23] Although the Federal Court judge and the parties focused on whether a “decision” or “order” was present, I do not take them to be saying that there has to be a “decision” or an “order” before any sort of judicial review can be brought. That would be incorrect.

[24] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that 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.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only

a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding.” Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: Rule 300 of the *Federal Courts Rules*.

[25] As far as “decisions” or “orders” are concerned, the only requirement is that any application for judicial review of them must be made within 30 days after they were first communicated: subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*.

[26] Although the parties and the Federal Court judge focused on whether a “decision” or “order” was present, in substance they were addressing something more basic: whether, in issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority had done anything that triggered any rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.

[27] On this, I agree with the respondents’ submissions and the Federal Court judge’s holding: in issuing the bulletins and in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority did nothing to trigger rights on the part of Air Canada to bring a judicial review.

[28] The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body's conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

[29] One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, (2009), 86 Admin. L.R. (4th) 149.

[30] The decided cases offer many illustrations of this situation: e.g., *1099065 Ontario Inc. v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 47, 375 N.R. 368 (an official's letter proposing dates for a meeting); *Philipps v. Canada (Librarian and Archivist)*, 2006 FC 1378, [2007] 4 F.C.R. 11 (a courtesy letter written in reply to an application for reconsideration); *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Minister of National Revenue*, [1998] 2 C.T.C. 176, 148 F.T.R. 3 (T.D.) (an advance ruling that constitutes nothing more than a non-binding opinion).

[31] In this case, Air Canada issued two notices of application:

- The first seeks judicial review of “the December 24, 2009 decision...of the Toronto Port Authority...announcing a process...through which it intends to award slots” at the City Airport. Like the Federal Court judge, I interpret this as a judicial review of

the December 24, 2009 bulletin issued by the Toronto Port Authority and the conduct described in it.

- The second seeks judicial review of “the April 9, 2010 decision...of the Toronto Port Authority...announcing a Request for Proposals process...to allocate slots and otherwise grant access to commercial carriers seeking access” to the City Airport. Like the Federal Court judge, I interpret this as a judicial review of the April 9, 2010 bulletin issued by the Toronto Port Authority and the conduct described in it.

[32] I shall examine each of the two bulletins and assess whether they, or the conduct described in them, affected Air Canada’s legal rights, imposed legal obligations, or caused Air Canada prejudicial effects.

(1) The first bulletin

[33] The first bulletin is entitled “TPA announces capacity assessment results for Billy Bishop Toronto City Airport, begins accepting formal carrier proposals.” This bulletin did five things, none of which, in reality, is attacked by Air Canada in its first application for judicial review:

- It announced the results of a noise impact study and capacity assessment for the City Airport and stated that the Toronto Port Authority anticipated that between 42 and 92 additional takeoff and landing slots would be available. Nowhere in its

application for judicial review of the bulletin does Air Canada attack this study or capacity assessment. Nowhere does it attack the Toronto Port Authority's assessment of the availability of takeoff and landing slots.

- It announced that the Toronto Port Authority intended to solicit formal business proposals for additional airline service at the City Airport. In its judicial review of this bulletin, Air Canada does not attack this intention.
- It disclosed the appointment of a slot coordinator to allocate available takeoff and landing slots at the City Airport. Air Canada does not say in its application for judicial review that the slot coordinator was improperly appointed, should not have been appointed, was biased, or conducted itself in some other inappropriate way.
- It stated that all airlines providing service from the City Airport will have to enter into a commercial carrier operating agreement with the Toronto Port Authority and secure appropriate terminal space from the City Centre Terminal Corp. Air Canada does not attack this aspect of the bulletin in its application for judicial review.
- It announced that further capital expenditures on the City Airport would be required to accommodate the additional air traffic. In its judicial review, Air Canada does not attack this aspect of the bulletin.

[34] In its first notice of application attacking this bulletin and the conduct described in it, Air Canada set out the grounds for its attack. The grounds focus on the Toronto Port Authority's alleged bias in favour of Porter. Air Canada says that the matters disclosed in the first bulletin perpetuate "Porter's existing anti-competitive advantage" and prevent "meaningful competition," something that is "contrary to the purposes of the *Canada Marine Act* and contrary to the common law." Air Canada complains about "Porter's exclusive access" to the City Airport and the "significant competitive advantages" offered by the City Airport compared to other airports in the Toronto area. It adds that when new takeoff and landing slots are awarded, Porter's dominance at the City Airport will be maintained – Porter will continue to enjoy a vast majority of the overall number of takeoff and landing slots.

[35] But the first bulletin and the conduct described in it does not do any of these things. On the subject of takeoff and landing slots, the first bulletin only sets out a process for the allocation of new slots and an approximate number to be allocated under that process. In reality, Air Canada does not attack anything that the first bulletin does or describes. Instead, Air Canada is really attacking the Toronto Port Authority's earlier allocation of takeoff and landing slots to Porter, an earlier decision that is not now the subject of judicial review. As mentioned in paragraph 16, above, Air Canada's affiliate, Jazz, attacked that matter and other allegedly monopolistic matters in 2006 by way of an action and judicial reviews, but it later discontinued and abandoned those proceedings.

[36] If Air Canada's application for judicial review concerning the first bulletin were granted and the matters described in the first bulletin were set aside, the pre-existing allocation of takeoff and

landing slots to Porter – the matter that is the real focus of its complaint – would remain. But in its notice of application Air Canada does not attack that pre-existing allocation of takeoff and landing slots to Porter.

[37] Therefore, the first bulletin and the matters described in it – the matters that Air Canada attacks in its first notice of application – do not affect Air Canada’s legal rights, impose legal obligations, or cause Air Canada prejudicial effects. This bulletin and the matters described in it are not the proper subject of judicial review. Other matters may perhaps be causing prejudicial effects to Air Canada, but they are not the subject of its first notice of application.

(2) The second bulletin

[38] The second bulletin is entitled “Toronto Port Authority issues formal Request for Proposals for additional carriers at Billy Bishop Toronto City Airport.” This bulletin did three things, none of which, in reality, is attacked by Air Canada in its second notice of application:

- It announced that two airlines, one of which was Air Canada, expressed informal interest in participating in the request for proposals for additional airline service at the City Airport. It invited others to participate in the request for proposal process.
- It appointed an independent party to review the proposals and allocate slots based on a methodology used at other airports.

- It announced results from a capacity assessment report and stated that, based on that report and the Tripartite Agreement, 90 new takeoff and landing slots could be made available.

[39] Again, in reality, Air Canada does not attack anything that the bulletin does. Nowhere in its second notice of application for judicial review does Air Canada suggest that these things affect its legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects upon it.

[40] In its second notice of application, Air Canada states that this bulletin implements the process that was proposed in the first bulletin. But, as we have seen, the process that was proposed in the first bulletin is not the real focus of Air Canada's attack. Air Canada's real focus is the pre-existing allocation of takeoff and landing slots, something over which Jazz launched challenges in 2006 but later abandoned.

[41] By the time of its second application for judicial review, Air Canada was aware of the allocation of takeoff and landing slots to Porter, set out in Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement. Its second notice of application alludes to that agreement. But the second bulletin and the conduct described in it – the subject-matter of the second application for judicial review – do not mention or allude to Porter's 2010 Commercial Carrier Operating Agreement. The second notice of application does not seek review of the Toronto Port Authority's decision to enter into that agreement and allocate a significant number of takeoff and landing slots to Porter.

[42] Therefore, for the foregoing reasons, Air Canada's two notices of application do not attack any matter that affects Air Canada's legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects. The notices of application did not place before the Federal Court any matter susceptible to review.

[43] This is sufficient to dismiss the appeal. However, I shall go on to consider two other grounds relied upon by the Federal Court judge to dismiss Air Canada's applications for judicial review.

C. Was the Toronto Port Authority acting as a “federal board, commission or other tribunal” when it engaged in the conduct described in the bulletins?

(1) This is a mandatory requirement

[44] An application for judicial review under the *Federal Courts Act* can only be brought against a “federal board, commission or other tribunal.”

[45] Various provisions of the *Federal Courts Act* make this clear. Subsection 18(1) of the *Federal Courts Act* vests the Federal Court with exclusive original jurisdiction over certain matters where relief is sought against any “federal board, commission or other tribunal.” In exercising that jurisdiction, the Federal Court can grant relief in many ways, but only against a “federal board, commission or other tribunal”: subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*. It is entitled to grant that relief where it is satisfied that certain errors have been committed by the “federal board, commission or other tribunal”: subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

(2) What is a “federal board, commission or other tribunal”?

[46] “Federal board, commission or other tribunal” is defined in subsection 2(1) of the *Federal Courts Act*. Subsection 2(1) tells us that only those that exercise jurisdiction or powers “conferred by or under an Act of Parliament” or “an order made pursuant to [Crown prerogative]” can be “federal boards, commissions or other tribunals”:

2. (1) In this Act,

“federal board, commission or other tribunal”

« *office fédéral* »

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown...

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

« office fédéral »

“*federal board, commission or other tribunal*”

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prérogative royale...

[47] These words require us to examine the particular jurisdiction or power being exercised in a particular case and the source of that jurisdiction or power: *Anisman v. Canada (Canada Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137.

[48] The majority of decided cases concerning whether a “federal board, commission or other tribunal” is present turn on whether or not there is a particular federal Act or prerogative underlying an administrative decision-maker’s power or jurisdiction. *Anisman* is a good example. In that case the source of the administrative decision-maker’s power was provincial legislation, and so judicial review under the *Federal Courts Act* was not available.

[49] In this case, all parties accept that the actions disclosed in the Toronto Port Authority’s bulletins find their ultimate source in federal law.

[50] However, before us, the Toronto Port Authority submits that that alone is not enough to satisfy the requirement that an entity was acting as a “federal board, commission or other tribunal” when it engaged in the conduct or exercised the power that is the subject of judicial review. It has cited numerous cases to us in support of the proposition that the conduct or the power exercised must be of a public character. An authority does not act as a “federal board, commission or other tribunal” when it is conducting itself privately or is exercising a power of a private nature: see, for example, *DRL Vacations Ltd. v. Halifax Port Authority*, 2005 FC 860, [2006] 3 F.C.R. 516; *Halterm Ltd. v. Halifax Port Authority* (2000), 184 F.T.R. 16 (T.D.).

[51] The Toronto Port Authority’s submission has much force.

[52] Every significant federal tribunal has public powers of decision-making. But alongside these are express or implied powers to act in certain private ways, such as renting and managing premises,

hiring support staff, and so on. In a technical sense, each of these powers finds its ultimate source in a federal statute. But, as the governing cases cited below demonstrate, many exercises of those powers cannot be reviewable. For example, suppose that a well-known federal tribunal terminates its contract with a company to supply janitorial services for its premises. In doing so, it is not exercising a power central to the administrative mandate given to it by Parliament. Rather, it is acting like any other business. The tribunal's power in that case is best characterized as a private power, not a public power. Absent some exceptional circumstance, the janitorial company's recourse lies in an action for breach of contract, not an application for judicial review of the tribunal's decision to terminate the contract.

[53] The Supreme Court has recently reaffirmed that relationships that are in essence private in nature are redressed by way of the private law, not public law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. In that case, a government dismissed one of its employees who was employed under a contract governed by the ordinary laws of contract. The employee brought a judicial review, alleging procedural unfairness. The Supreme Court held that in the circumstances the matter was private in character and so there was no room for the implication of a public law duty of procedural fairness.

[54] Recently, on the same principles but on quite different facts, the Supreme Court found that a relationship before it was a public one and so judicial review was available: *Mavi, supra*.

[55] A further basis for this public-private distinction can be found in subsection 18(1) of the *Federal Courts Act* which provides that the main remedies on review are certiorari, mandamus and prohibition. Each of those is available only against exercises of power that are public in character. So said Justice Dickson (as he then was) in the context of *certiorari* in *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; see also *R. v. Criminal Injuries Compensation Board, Ex p. Lain*, [1967] 2 Q.B. 864.

[56] The tricky question, of course, is what is public and what is private. In *Dunsmuir* and in *Mavi*, the Supreme Court did not provide a comprehensive answer to that question.

[57] Perhaps there can be no comprehensive answer. In law, there are certain concepts that, by their elusive nature, cannot be reduced to clear definition. For example, in the law of negligence, when exactly does a party fall below the standard of care? We cannot answer that in a short sentence or two. Instead, the answer emerges from careful study of the factors discussed in many cases decided on their own facts. In my view, determining whether a matter is public or private for the purposes of judicial review must be approached in the same way.

[58] Further, it may be unwise to define the public-private distinction with precision. The “exact limits” of judicial review have “varied from time to time” to “meet changing conditions.” The boundaries of judicial review, in large part set by the public-private distinction, have “never been and ought not to be specifically defined.” See the comments of Justice Dickson (as he then was) in *Martineau, supra* at page 617, citing Lord Parker L.J. in *Lain, supra* at page 882.

[59] While the parties, particularly the Toronto Port Authority, have supplied us with many cases that shed light on the public-private distinction for the purposes of judicial review, only preliminary comments necessary to adjudicate upon this case are warranted in these circumstances.

[60] In determining the public-private issue, all of the circumstances must be weighed: *Cairns v. Farm Credit Corp.*, [1992] 2 F.C. 115 (T.D.); *Jackson v. Canada (Attorney General)* (1997), 141 F.T.R. 1 (T.D.). There are a number of relevant factors relevant to the determination whether a matter is coloured with a public element, flavour or character sufficient to bring it within the purview of public law. Whether or not any one factor or a combination of particular factors tips the balance and makes a matter “public” depends on the facts of the case and the overall impression registered upon the Court. Some of the relevant factors disclosed by the cases are as follows:

- *The character of the matter for which review is sought.* Is it a private, commercial matter, or is it of broader import to members of the public? See *DRL v. Halifax Port Authority*, *supra*; *Peace Hills Trust Co. v. Moccasin*, 2005 FC 1364 at paragraph 61, 281 F.T.R. 201 (T.D.) (“[a]dministrative law principles should not be applied to the resolution of what is, essentially, a matter of private commercial law...”).
- *The nature of the decision-maker and its responsibilities.* Is the decision-maker public in nature, such as a Crown agent or a statutorily-recognized administrative

body, and charged with public responsibilities? Is the matter under review closely related to those responsibilities?

- *The extent to which a decision is founded in and shaped by law as opposed to private discretion.* If the particular decision is authorized by or emanates directly from a public source of law such as statute, regulation or order, a court will be more willing to find that the matter is public: *Mavi, supra*; *Scheerer v. Waldbillig* (2006), 208 O.A.C. 29, 265 D.L.R. (4th) 749 (Div. Ct.); *Aeric, Inc. v. Canada Post Corp.*, [1985] 1 F.C. 127 (T.D.). This is all the more the case if that public source of law supplies the criteria upon which the decision is made: *Scheerer v. Waldbillig, supra* at paragraph 19; *R. v. Hampshire Farmer's Markets Ltd.*, [2004] 1 W.L.R. 233 at page 240 (C.A.), cited with approval in *MacDonald v. Anishinabek Police Service* (2006), 83 O.R. (3d) 132 (Div. Ct.). Matters based on a power to act that is founded upon something other than legislation, such as general contract law or business considerations, are more likely to be viewed as outside of the ambit of judicial review: *Irving Shipbuilding Inc, supra*; *Devil's Gap Cottager (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B*, 2008 FC 812 at paragraphs 45-46, [2009] 2 F.C.R. 276.
- *The body's relationship to other statutory schemes or other parts of government.* If the body is woven into the network of government and is exercising a power as part of that network, its actions are more likely to be seen as a public matter: *Onuschuk v. Canadian Society of Immigration*, 2009 FC 1135 at paragraph 23, 357 F.T.R. 22;

Certified General Accountants Association of Canada v. Canadian Public Accountability Board (2008), 233 O.A.C. 129 (Div. Ct.); *R. v. Panel on Take-overs and Mergers; Ex Parte Datafin plc.*, [1987] Q.B. 815 (C.A.); *Volker Stevin N.W.T. ('92) Ltd. v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1994] N.W.T.R. 97, 22 Admin. L.R. (2d) 251 (C.A.); *R. v. Disciplinary Committee of the Jockey Club, ex parte Aga Khan*, [1993] 2 All E.R. 853 at page 874 (C.A.); *R. v. Hampshire Farmer's Markets Ltd.*, *supra* at page 240 (C.A.). Mere mention in a statute, without more, may not be enough: *Ripley v. Pommier* (1990), 99 N.S.R. (2d) 338, [1990] N.S.J. No. 295 (S.C.).

- *The extent to which a decision-maker is an agent of government or is directed, controlled or significantly influenced by a public entity.* For example, private persons retained by government to conduct an investigation into whether a public official misconducted himself may be regarded as exercising an authority that is public in nature: *Masters v. Ontario* (1993), 16 O.R. (3d) 439, [1993] O.J. No. 3091 (Div. Ct.). A requirement that policies, by-laws or other matters be approved or reviewed by government may be relevant: *Aeric, supra*; *Canadian Centre for Ethics in Sport v. Russell*, [2007] O.J. No. 2234 (S.C.J.).
- *The suitability of public law remedies.* If the nature of the matter is such that public law remedies would be useful, courts are more inclined to regard it as public in nature: *Dunsmuir, supra*; *Irving Shipbuilding, supra* at paragraphs 51-54.

- *The existence of compulsory power.* The existence of compulsory power over the public at large or over a defined group, such as a profession, may be an indicator that the decision is public in nature. This is to be contrasted with situations where parties consensually submit to jurisdiction. See *Chyz v. Appraisal Institute of Canada* (1984), 36 Sask. R. 266 (Q.B.); *Volker Stevin, supra*; *Datafin, supra*.
- *An “exceptional” category of cases where the conduct has attained a serious public dimension.* Where a matter has a very serious, exceptional effect on the rights or interests of a broad segment of the public, it may be reviewable: *Aga Khan, supra* at pages 867 and 873; see also Paul Craig, “Public Law and Control Over Private Power” in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (Oxford: Hart Publishing, 1997) 196. This may include cases where the existence of fraud, bribery, corruption or a human rights violation transforms the matter from one of private significance to one of great public moment: *Irving Shipbuilding, supra* at paragraphs 61-62.

(3) Application of these principles to the facts of this case

[61] In my view, the matters set out in the bulletins – the matters subject to review in this case – are private in nature. In dealing with these matters, the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal.”

[62] While no one factor is determinative, there are several factors in this case that support this conclusion.

– I –

[63] First, in engaging in the conduct described in the bulletins, the Toronto Port Authority was not acting as a Crown agent.

[64] Section 7 of the *Canada Marine Act* provides that a port authority, such as the Toronto Port Authority, is a Crown agent only for the purposes of engaging in port activities referred to in paragraph 28(2)(a) of the Act. Those activities are “port activities related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods and storage of goods, to the extent that those activities are specified in the letters patent.” Port authorities can engage in “other activities that are deemed in the letters patent to be necessary to support port operations” (paragraph 28(2)(b) of the Act) but, by virtue of section 7 of the Act, they conduct those activities on their own account, not as Crown agents.

[65] The letters patent of the Toronto Port Authority draw a distinction between matters on which it acts as a Crown agent and matters on which it does not. In section 7.1, the letters patent set out what port activities under paragraph 28(2)(a) of the *Canada Marine Act* that the Toronto Port Authority may do – activities for which the Toronto Port Authority is a Crown agent. In section 7.2, the letters patent set out all other activities that are necessary to support port operations – activities for which the Toronto Port Authority acts on its own account, and not as a Crown agent.

[66] Subsection 7.2(j) of the letters patent is most significant. In that subsection, the Toronto Port Authority is authorized to manage and operate the City Airport. For this purpose, it is not a Crown agent. Subsection 7.2(j) reads as follows:

7.2 Activities of the Authority Necessary to Support Port Operations.
To operate the port, the Authority may undertake the following activities which are deemed necessary to support port operations pursuant to paragraph 28(2)(b) of the Act:

...

(j) the operation and maintenance of the Toronto City Centre Airport in accordance with the Tripartite Agreement among the Corporation of the City of Toronto, Her Majesty the Queen in Right of Canada and The Toronto Harbour Commissioners dated the 30th day of June, 1983 and ferry service, bridge or tunnel across

7.2 Activités de l'Administration nécessaires aux opérations portuaires. Pour exploiter le port, l'Administration peut se livrer aux activités suivantes jugées nécessaires aux opérations portuaires conformément à l'alinéa 28(2)b) de la Loi:

[...]

(j) exploitation et entretien de l'aéroport du centre-ville de Toronto conformément à l'accord tripartite conclu entre la Corporation of the City of Toronto, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les Commissaires du havre de Toronto le 30 juin 1983, et service de traversier, pont ou tunnel au lieu dit

the Western Gap of the Toronto harbour to provide access to the Toronto City Centre Airport.

Western Gap dans le port de Toronto pour permettre l'accès à l'aéroport du centre-ville de Toronto;

[67] Air Canada submits that the allocation of takeoff and landing slots at the City Airport is a matter relating to licensing federal real property, a matter that falls under subsections 7.1(c), (e) and (f) of the letters patent. It submits that takeoff and landing slots are allocated by way of “licence.” Air Canada also submits that subsection 7.1(a), which provides for the “issuance...of authorizations respecting use...of the port,” embraces the granting of takeoff and landing slots. Accordingly, says Air Canada, when the Toronto Port Authority allocates takeoff and landing slots, it does so as a Crown agent.

[68] Air Canada is correct in saying that section 7.1 of the letters patent includes “licences” over “federal real property” and the issuance of “authorizations” for use of the port. Section 7.1 reads as follows:

7.1 Activities of the Authority Related to Certain Port Operations. To operate the port, the Authority may undertake the port activities referred to in paragraph 28(2)(a) of the Act to the extent specified below:

(a) development, application, enforcement and amendment of rules, orders, by-laws, practices or procedures and issuance and administration of authorizations respecting use, occupancy or operation of the port and enforcement of Regulations or making of

7.1 Activités de l'Administration liées à certaines opérations portuaires. Pour exploiter le port, l'Administration peut se livrer aux activités portuaires mentionnées à l'alinéa 28(2)a) de la Loi dans la mesure précisée ci-dessous:

a) élaboration, application, contrôle d'application et modification de règles, d'ordonnances, de règlements administratifs, de pratiques et de procédures; délivrance et administration de permis concernant l'utilisation, l'occupation ou l'exploitation du port; contrôle

Regulations pursuant to subsection 63(2) of the Act;

d'application des Règlements ou prise de Règlements conformément au paragraphe 63(2) de la Loi;

...

[...]

(c) management, leasing or licensing the federal real property described in Schedule B or described as federal real property in any supplementary letters patent, subject to the restrictions contemplated in sections 8.1 and 8.3 and provided such management, leasing or licensing is for, or in connection with, the following:

c) sous réserve des restrictions prévues aux paragraphes 8.1 et 8.3, gestion, location ou octroi de permis relativement aux immeubles fédéraux décrits à l'Annexe « B » ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles fédéraux, à condition que la gestion, la location ou l'octroi de permis vise ce qui suit:

(i) those activities described in sections 7.1 and 7.2;

(i) les activités décrites aux paragraphes 7.1 et 7.2;

(ii) those activities described in section 7.3 provided such activities are carried on by Subsidiaries or other third parties pursuant to leasing or licensing arrangements;

(ii) les activités décrites au paragraphe 7.3 pourvu qu'elles soient menées par des Filiales ou des tierces parties conformément aux arrangements de location ou d'octroi de permis;

(iii) the following uses to the extent such uses are not described as activities in section 7.1, 7.2 or 7.3:

(iii) les utilisations suivantes dans la mesure où elles ne figurent pas dans les activités décrites aux paragraphes 7.1, 7.2 ou 7.3 :

(A) uses related to shipping, navigation, transportation of passengers and goods, handling of goods and storage of goods;

(A) utilisations liées à la navigation, au transport des passagers et des marchandises et à la manutention et à l'entreposage des marchandises;

(B) provision of municipal services or facilities in connection with such federal real property;

(B) prestation de services ou d'installations municipaux relativement à ces immeubles fédéraux;

(C) uses not otherwise within subparagraph 7.1(c)(iii)(A), (B)

(C) utilisations qui ne sont pas prévues aux divisions

or (D) that are described in supplementary letters patent;

7.1*c*)(iii)(A), (B) ou (D) mais qui sont décrites dans des lettres patentes supplémentaires;

(D) government sponsored economic development initiatives approved by Treasury Board;

(D) projets de développement économique émanant du gouvernement et approuvés par le Conseil du Trésor;

provided such uses are carried on by third parties, other than Subsidiaries, pursuant to leasing or licensing arrangements;

pourvu qu'elles soient menées par des tierces parties, à l'exception des Filiales, conformément aux arrangements de location ou d'octroi de permis;

...

...

(*e*) granting, in respect of federal real property described in Schedule B or described as federal real property in any supplementary letters patent, road allowances or easements, rights of way or licences for utilities, service or access;

e) octroi d'emprises routières, de servitudes ou de permis pour des droits de passage ou d'accès ou des services publics visant des immeubles fédéraux décrits à l'Annexe « B » ou dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles fédéraux;

...

[...]

(*p*) carrying on activities described in section 7.1 on real property other than federal real property described in Schedule C or described as real property other than federal real property in any supplementary letters patent;

p) exécution des activités décrites au paragraphe 7.1 sur des immeubles, autres que des immeubles fédéraux, décrits à l'Annexe « C » ou décrits dans des lettres patentes supplémentaires comme étant des immeubles autres que des immeubles fédéraux;

provided that in conducting such activities the Authority shall not enter into or participate in any commitment, agreement or other arrangement whereby the Authority is liable jointly or jointly and severally with any other person for any debt, obligation, claim or liability.

pourvu que l'Administration ne s'engage pas de façon conjointe ou solidaire avec toute autre personne à une dette, obligation, réclamation ou exigibilité lorsqu'elle prend un engagement, conclut une entente ou participe à un arrangement dans l'exercice de ses activités.

[69] However, in my view, the licences and authorizations mentioned in section 7.1 of the letters patent do not relate to takeoff and landing slots at the City Airport. The granting of takeoff and landing slots, even if they are legally considered to be the granting of licences over federal real property, is an integral part of the operation of the City Airport, a matter that is dealt with under section 7.2.

[70] The power to operate and maintain the City Airport in section 7.2 of the letters patent is qualified by the words “in accordance with the Tripartite Agreement.” Among other things, that Agreement deals with the quantity and timing of takeoffs and landings at the City Airport. As a matter of interpretation, section 7.2 explicitly embraces the subject-matter of takeoffs and landings at the City Airport. Section 7.1 cannot be interpreted to qualify or derogate from that subject-matter.

[71] I cannot interpret section 7.1 as somehow whittling down section 7.2 that vests specific power in the Toronto Port Authority to engage in “the operation and maintenance of the Toronto City Centre Airport.” The normal rule of interpretation is that a specific provision such as section 7.2 prevails over a more general one such as section 7.1: *Canada v. McGregor*, [1989] F.C.J. No. 266, 57 D.L.R. (4th) 317 (C.A.).

[72] In any event, the bulletins do not grant any takeoff or landing slots. Fairly characterized, they announce studies, intentions and plans that concern the operation and maintenance of the City Airport. Takeoff and landing slots are granted under Commercial Carrier Operating Agreements.

– II –

[73] The private nature of the Toronto Port Authority is another factor leading me to conclude that the Toronto Port Authority was not acting as a “federal board, commission or other tribunal” in this case.

[74] As noted above, the Toronto Port Authority received letters patent. One condition of receiving letters patent was that the Toronto Port Authority was and would likely remain “financially self-sufficient”: *Canada Marine Act*, paragraph 8(1)(a). Buttressing this condition is subsection 29(3) of the Act. It provides as follows:

29. (3) Subject to its letters patent, to any other Act, to any regulations made under any other Act and to any agreement with the Government of Canada that provides otherwise, a port authority that operates an airport shall do so at its own expense.

29. (3) Sous réserve de ses lettres patentes, des autres lois fédérales et de leurs règlements d’application ou d’une entente contraire avec le gouvernement du Canada, l’administration portuaire qui exploite un aéroport doit le faire à ses frais.

[75] Subsections 8(1) and 29(3) of the *Canada Marine Act* are indications that, in operating and maintaining the City Airport under section 7.2 of the letters patent, the Toronto Port Authority may pursue private purposes, such as revenue generation and enhancing its financial position. For the Toronto Port Authority, to a considerable extent, the matters discussed in the bulletins have a private dimension to them.

– III –

[76] I turn now to some of the other relevant factors commonly used in making the public-private determination for the purposes of judicial review. I mentioned these in paragraph 60, above.

[77] In no way can the Toronto Port Authority be said to be woven into the network of government or exercising a power as part of that network. The *Canada Marine Act* and the letters patent do the opposite.

[78] There is no statute or regulation that constrains the Toronto Port Authority's discretion. There is no statute or regulation that supplies criteria for decision-making concerning the subject-matters discussed in the bulletins. Put another way, the discretions exercised by the Toronto Port Authority that are evidenced in the bulletins are not founded upon or shaped by law, but rather are shaped by the Toronto Port Authority's private views about how it is best to proceed in all the circumstances.

[79] There is no evidence showing that on the matters described in the bulletins, and indeed in its operation and maintenance of the City Airport, the Toronto Port Authority is instructed, directed, controlled, or significantly influenced by government or another public entity. As well, there are no legislative provisions that would lead to any such finding of instruction, direction, control or influence.

[80] Finally, there is no evidence before this Court in this particular instance that would suggest that the matters described in the bulletin fall with the exceptional category of cases where conduct has attained a serious public dimension or that the matters described in the bulletin have caused or will cause a very serious, exceptional effect on the rights or interests of a broad segment of the public, such that a public law remedy is warranted.

[81] For the foregoing reasons, in engaging in the conduct described in the bulletins in this instance, the Toronto Port Authority was not acting in a public capacity, as that is understood in the jurisprudence. Therefore, judicial review does not lie in these circumstances.

D. Procedural fairness, reasonableness review and improper purpose

[82] Assuming for the moment that judicial review did lie in these circumstances, Air Canada submits that the “decisions” evidenced by the bulletins should be set aside for want of procedural fairness. However, in the particular circumstances of this case, no duty of procedural fairness arose. Such duties do not arise where, as here, the relationship is private and commercial, not public: *Dunsmuir, supra*; see also paragraphs 61-81, above. In different circumstances, as explained above, an action taken by the Toronto Port Authority could assume a public dimension and procedural duties could arise, but that is not the case here.

[83] Further, I find no reviewable error in the Federal Court judge’s rejection of Air Canada’s procedural fairness submissions and, in fact, substantially agree with his reasons at paragraphs 86-

95. In his reasons, the Federal Court judge rejected Air Canada's submission that the Toronto Port Authority was obligated to follow the World Scheduling Guidelines promulgated by the International Air Transport Association. He also held that the Toronto Port Authority did not create any legitimate expectation of consultation on the part of Air Canada, and that, in any event, Air Canada had made its views known fully to the Toronto Port Authority.

[84] Air Canada also submits that the "decisions" evidenced by the bulletins should be set aside because they are unreasonable. The Federal Court judge rejected this submission. Again, I find no reviewable error in the reasons of the Federal Court judge (at paragraphs 96-101), and substantially agree with them. In this case, the actions of the Toronto Port Authority described in the bulletins were within the range of defensibility and acceptability.

[85] Air Canada also submits that the Toronto Port Authority pursued an improper purpose. In its first notice of application, Air Canada describes this as "prefer[ring] Porter over new entrants and...perpetuat[ing] Porter's significant anti-competitive advantage into the future." Insofar as the bulletins and the conduct described in them are concerned – the only matters that are the subject of the judicial reviews in this case – the Federal Court judge stated that "[t]here is no evidence...to suggest that [the Toronto Port Authority] and Porter were doing anything more than engaging in normal, reasonable commercial activity." There is nothing to warrant interference with that factual finding. Therefore, I find no reviewable error in the Federal Court's judge's rejection of Air Canada's submissions on improper purpose. To the extent that Air Canada considers that the

bulletins, the conduct described in them, other matters or any or all of these things have resulted in damage to competition, it has its recourses under the *Competition Act*.

E. Proposed disposition

[86] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

"David Stratas"

J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT (Létourneau and Dawson J.J.A.)

[87] We have read the reasons now received from our colleague Stratas J.A. We concur with his proposed disposition.

"Gilles Létourneau"

J.A.

"Eleanor R. Dawson"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-355-10

**APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE HONOURABLE JUSTICE HUGHES
DATED JULY, 21, 2010**

STYLE OF CAUSE: Air Canada v. Toronto Port
Authority and Porter Airlines Inc.

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: June 6, 2011

REASONS FOR JUDGMENT BY: Stratas J.A.

REASONS CONCURRING IN THE RESULT BY: Létourneau and Dawson JJ.A.

DATED: December 12, 2011

APPEARANCES:

Neil Finkelstein
Sarit E. Batner
Brandon Kain
Byron Shaw

FOR THE APPELLANT

Peter K. Doody
Colleen M. Shannon
Christaan A. Jordaan

FOR THE RESPONDENT,
TORONTO PORT AUTHORITY

Robert L. Armstrong
Orestes Pasparakis
Greg Sheahan
Nicholas Daube

FOR THE RESPONDENT, PORTER
AIRLINES INC.

SOLICITORS OF RECORD:

McCarthy Tétrault LLP
Toronto, Ontario

Borden Ladner Gervais LLP
Ottawa, Ontario

Norton Rose
Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

FOR THE RESPONDENT,
TORONTO PORT AUTHORITY

FOR THE RESPONDENT, PORTER
AIRLINES INC.

TAB 2



[Home](#) → [Decisions and determinations](#)

Decision No. 264-C-A-2013

July 10, 2013

COMPLAINT by Dr. Rima Azar against Air Canada.

File No.: M4120-3/12-02098

INTRODUCTION

[1] Dr. Rima Azar filed a complaint against Air Canada with the Canadian Transportation Agency (Agency) respecting damages incurred due to baggage delay, certain portions of Rules 60 and 89 (Part 1)(E)(1)(a) of Air Canada's *International Passenger Rules and Fares Tariff No. AC-2, NTA (National Transportation Agency)(A) No. 458* (Tariff) governing denied boarding compensation and check-in time limits, and her entitlement to a compensation. Dr. Azar requests that the Agency:

- direct Air Canada to reimburse her for the sum of CAD\$141.79 for out-of-pocket expenses occasioned by the delay of her checked baggage;
- direct Air Canada to pay her denied boarding compensation for having been denied boarding;
- disallow Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) of the Tariff;
- impose upon Air Canada a denied boarding compensation amount that is similar to and/or comparable to its major competitors on routes to and from points in the European Union; and,
- order Air Canada to pay her costs on a full indemnity basis.

PRELIMINARY MATTER

Reasonableness of Air Canada's denied boarding compensation policy

[2] One of the issues raised by Dr. Azar in her complaint is that Air Canada's international denied boarding compensation policy, set out in Tariff Rule 89(Part 1)(E)(2), is unreasonable in that it provides a significantly lower denied boarding compensation to passengers who travel from Canada to the European Union relative to that provided to passengers travelling in the opposite direction. As a remedy, Dr. Azar asks that the Agency impose upon Air Canada a denied boarding compensation amount that is similar and/or comparable to its major competitors on routes to and from the European Union. This issue has also been raised in a separate complaint against Air Canada, but with regard to its domestic denied boarding compensation policy.

[3] As both complaints relate to the same issue, the Agency finds it appropriate to place that aspect of Dr. Azar's complaint in abeyance pending the Agency's issuance of its final decision respecting Air Canada's domestic denied boarding compensation policy. The parties will be promptly notified of the next steps following the issuance of the Decision.

FACTS

[4] Dr. Azar purchased a round-trip ticket for travel with Air Canada on the following outbound itinerary:

- Flight No. AC8941, operated by Jazz Aviation LP, as represented by its general partner, Aviation General Partner Inc. carrying on business as Air Canada Jazz, Jazz and Jazz Air, from Moncton, New Brunswick to Toronto, Ontario, Canada, scheduled to depart at 5:50 p.m. on February 18, 2011;
- Flight No. AC880, operated by Air Canada from Toronto to Paris, France, scheduled to depart at 8:15 p.m. on February 18, 2011;
- Flight No. ME212, operated by Middle East Airlines Airliban S.A.L. (MEA) from Paris to Beirut, Lebanon, scheduled to depart at 1:40 p.m. on February 19, 2011.

[5] Due to "aircraft rotation", Flight No. AC8941, departing from Moncton, arrived at Toronto at or around 7:48 p.m., that is, 38 minutes after its scheduled arrival time. At 7:01 p.m., Air Canada cancelled Dr. Azar's booking for Flight No. AC880, her connecting flight, and assigned her seat to another passenger. Air Canada then placed Dr. Azar on another flight departing at approximately 8:35 p.m., and she arrived at her destination of Beirut within 25 minutes of her originally scheduled arrival time.

[6] Dr. Azar's checked baggage was delayed upon her arrival in Beirut on February 19, 2011. As a result, Dr. Azar purchased personal items totalling CAD\$141.79. Dr. Azar's checked baggage was made available to her on February 22, 2011. When Dr. Azar returned to the Beirut-Rafic Hariri International Airport (Beirut Airport) to pick up her checked baggage on that day, MEA paid Dr. Azar US\$100. Dr. Azar also incurred approximately CAD\$57.80 in costs to travel to and from the Beirut Airport to pick up her delayed baggage.

[7] On February 11, 2013, Air Canada filed with the Agency a revised Tariff Rule 60(D)(3) amending, among other things, the deadline for passengers to present themselves at the boarding gate from "55 minutes" to "at least 30 minutes".

ISSUES

1. Is Dr. Azar entitled to damages occasioned by the delay of her checked baggage and, if so, in what amount?
2. Was Dr. Azar denied boarding and, if so, what amount of denied boarding compensation is she entitled to?
3. Is Air Canada's Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) clear within the meaning of section 122 of the *Air Transportation Regulations* (ATR (Air Transportation Regulations))?
4. Is Air Canada's Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) just and reasonable within the meaning of subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations)?
5. Did Air Canada correctly apply Tariff Rules 60(D)(3)-(4)?

6. Are Air Canada's Revised Tariff Rules 60(D)(3)-(4) reasonable within the meaning of subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations)?
7. Should Dr. Azar be awarded costs, pursuant to section 25.1 of the *Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10*, as amended (CTA)?

RELEVANT TARIFF AND STATUTORY EXTRACTS

[8] The relevant Tariff Rules in effect at the time of Dr. Azar's travel and the Tariff Rules that have been revised since her travel are set out in Appendix A. The provisions of the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air – Montreal Convention (Convention) and the legislation relevant to this Decision are set out in Appendix B.

CLARITY AND REASONABLENESS OF TARIFF PROVISIONS

Clarity

[9] The Agency's jurisdiction in matters respecting international tariffs is set out in Part V, Division II, International Tariffs of the ATR (Air Transportation Regulations).

[10] Subsection 110(4) of the ATR (Air Transportation Regulations) requires that tariffs must be consistent with the provisions of the ATR (Air Transportation Regulations), which includes section 122.

[11] Section 122 of the ATR (Air Transportation Regulations) requires that the terms and conditions of carriage contained in the carrier's tariff clearly state the carrier's policy in respect of, at a minimum, specified matters.

[12] Paragraph 122(a) of the ATR (Air Transportation Regulations) provides that:

Every tariff shall contain:

(a) the terms and conditions governing the tariff generally, stated in such a way that it is clear as to how the terms and conditions apply to the tolls named in the tariff.

[13] Subparagraph 122(c)(iii) of the ATR (Air Transportation Regulations) provides that:

Every tariff shall contain

(c) the terms and conditions of carriage, clearly stating the air carrier's policy in respect of at least the following matters, namely,

[...]

(iii) compensation for denial of boarding as a result of overbooking,

[...]

[14] The Agency found in Decision No. 249-C-A-2012 (*Lukács v. WestJet*) that an air carrier meets its tariff obligation of clarity when the rights and obligations of both the carrier and the passenger are stated in such a way as to exclude any reasonable doubt, ambiguity or uncertain meaning.

Reasonableness and conformity with the Convention

[15] A carrier is required not only to set out its policies in the carrier's tariff, but also to ensure that with respect to international flights, its tariff is just and reasonable within the meaning of subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations).

[16] Subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations) states:

All tolls and terms and conditions of carriage, including free and reduced rate transportation, that are established by an air carrier shall be just and reasonable and shall, under substantially similar circumstances and conditions and with respect to all traffic of the same description, be applied equally to all that traffic.

[17] The Agency has stated in previous decisions, such as in Decision No. 249-C-A-2012, that to determine whether a term or condition of carriage applied by a carrier is "reasonable" within the meaning of subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations), a balance must be struck between the rights of passengers to be subject to reasonable terms and conditions of carriage and the particular air carrier's statutory, commercial and operational obligations.

[18] The terms and conditions of carriage are set out by an air carrier unilaterally without any input from passengers. The air carrier sets its terms and conditions of carriage on the basis of its own interests, which may have their basis in purely commercial requirements. There is no presumption that a tariff is reasonable.

[19] When balancing the passengers' rights against the carrier's obligations, the Agency must consider the whole of the evidence and the submissions presented by both parties and make a determination on the reasonableness or unreasonableness of the term or condition of carriage based on which party has presented the more compelling and persuasive case.

ISSUE 1: IS DR. AZAR ENTITLED TO DAMAGES OCCASIONED BY THE DELAY OF HER CHECKED BAGGAGE AND, IF SO, IN WHAT AMOUNT?

Dr. Azar

[20] Dr. Azar submits that her checked baggage was delayed within the meaning of Article 19 of the Convention. She states that her baggage was not delivered to her at the time of her arrival in Beirut but was made available to her only three days later. She maintains that pursuant to Article 19, Air Canada is liable for damages occasioned by the delay, unless it can meet its burden of proof to show the existence of

the required extenuating circumstances. Dr. Azar points out that in instances of delay, Article 36(3) of the Convention grants passengers a right of action against both the first carrier and the last carrier, and the carrier that performed the carriage during which the destruction, loss, damage or delay took place. At the same time, Article 36(3) makes all these carriers jointly and severally liable for damages related to baggage.

[21] Dr. Azar asserts that she incurred two types of damages as a result of the delay of her checked baggage: (1) transportation costs and loss of time related to having had to return to the Beirut Airport to collect her baggage; and (2) out-of-pocket expenses totalling CAD\$141.79 related to the purchase of personal items. Dr. Azar points out that she has no further claim regarding her transportation costs and loss of time as MEA already compensated her for them; however, she was never compensated for her out-of-pocket expenses.

[22] To substantiate her outstanding claim, Dr. Azar provided a copy of her receipts for the out-of-pocket expenses she incurred.

Air Canada

[23] Air Canada submits that in making a claim for damages, Dr. Azar does not account for the US\$100 she received from MEA. Air Canada argues that, although Dr. Azar contends that the US\$100 provided to her by MEA was for the inconvenience associated with picking up her baggage at the airport, MEA's policy is to offer the US\$100 compensation to refund passengers for expenses associated with delayed baggage, and not for inconvenience. To support its position, Air Canada provided an e-mail from Raja Saadeh, MEA's Director of Customer Relations, who states, in part, that: "[...] it is MEA's policy to give USD 100 for immediate necessities." Mr. Saadeh also states that: "PAP arrived BEY on 19 February and bag delivered on the 22nd. Furthermore, amount claimed as per receipts given to us pap is CAD 142."

[24] Air Canada argues that in accordance with the Convention, Dr. Azar should only be compensated for out-of-pocket expenses associated with the delay of her baggage, up to the amounts set out in Article 22 of the Convention. Air Canada adds that non-compensatory damages such as loss of time and inconvenience are not recoverable pursuant to Article 29 of the Convention.

[25] Air Canada notes that international carriers such as Air Canada, Société Air France carrying on business as Air France and MEA are parties to Multilateral Interline Traffic Agreements to allow easy transfer and protection of passengers and their baggage. For ease of traceability, when a passenger's bag is delayed, such claim, regardless of where the passenger's bag was delayed, is best handled by the final carrier who is charged to settle with the passenger according to the international conventions on behalf of all the air carriers involved and then, after the fact, settle any refund between the air carriers.

[26] Air Canada states that it remains willing to offer Dr. Azar any amounts related to out-of-pocket expenses for which she has not yet been compensated, once presented with the required evidence associated with the amounts claimed for said expenses, as required by Tariff Rule 55(C)(3). As such, Air Canada is willing to compensate Dr. Azar in the amount of CAD\$41.79, which takes into account the US\$100.00 she has already received from MEA.

Dr. Azar

[27] Dr. Azar does not dispute that she received US\$100 from MEA, but she submits that this amount was provided as a compensation for other claims, which have been settled to her satisfaction and which she is not pursuing before the Agency.

[28] Dr. Azar submits that as Air Canada is relying on the payment made by MEA to reduce its obligation to her, Air Canada bears the onus to demonstrate, on a balance of probabilities, that Dr. Azar received such a payment (which is undisputed), but also that the payment was in relation to the same expenses that Dr. Azar is seeking before the Agency. Dr. Azar points out that Air Canada presented no acknowledgement of receipt or release of liability signed by Dr. Azar to substantiate that the payment made by MEA was in any way related to the expenses claimed in this proceeding.

[29] Dr. Azar finds it difficult to believe that an air carrier would make a payment to settle a claim under the Convention without seeking a confirmation or acknowledgement of receipt of the payment and/or a signed release from further claims for the same incident.

[30] Dr. Azar states that, on a balance of probabilities, the payment made to her by MEA was not made to settle a claim under the Convention for delay, but rather a gesture of goodwill as compensation for her inconvenience and/or her transportation costs related to being forced to return to the Beirut Airport to reclaim her delayed baggage instead of the air carrier delivering the baggage to her accommodations.

[31] Dr. Azar submits that Air Canada has presented only one document that purports to support its theory that the payment made by MEA to Dr. Azar was a partial reimbursement of her purchases, namely, an e-mail sent by MEA's Director of Customer Relations, to MEA's Manager in Canada, which was then forwarded to Air Canada's counsel.

[32] Dr. Azar asserts that the e-mail is neither reliable nor credible and ought not to be given any weight at all, as there is no evidence to suggest that MEA's Director of Customer Relations personally dealt with Dr. Azar and gave her the payment in question. Dr. Azar also points out that given that Air Canada did not submit a statement from the MEA agent who provided her with the US\$100, the Agency ought to draw adverse inference from Air Canada's failure to do so.

[33] Dr. Azar states that the only reliable and first-hand evidence before the Agency is her sworn affidavit, which reflects that the payment she received from MEA was compensation for her transportation costs and time related to having had to return to the airport to reclaim her baggage. Dr. Azar adds that she has been available to be cross-examined by Air Canada over the past 12 months; however, Air Canada never sought to do so.

[34] Dr. Azar advises that while she retained all of the receipts related to her outstanding claim of CAD\$141.79, she discarded the receipts related to her transportation costs, because this claim was already settled to her satisfaction by MEA.

[35] Dr. Azar therefore argues that Air Canada has failed to establish that the expenses she is claiming in this proceeding are the same as the ones for which Dr. Azar received a payment from MEA and, as such, Air Canada ought to reimburse her for out-of-pocket expenses totalling CAD\$141.79.

Analysis and findings

[36] The evidence in this matter demonstrates that neither Dr. Azar nor Air Canada dispute that, pursuant to Article 36(3) of the Convention, Dr. Azar has a right of action against Air Canada for the damages she incurred due to the delayed delivery of her baggage. What is disputed, however, is the amount of compensation owed to Dr. Azar in light of MEA's US\$100 payment to her on February 22, 2011. It is also not disputed that Dr. Azar incurred damages in the amount of CAD\$141.79 after purchasing personal items. Dr. Azar states that she also incurred transportation costs in the amount of CAD\$28.90 per direction, when she had to return to the Beirut Airport on February 22, 2011 to reclaim her checked baggage, along with damages related to loss of time.

[37] As submitted by Dr. Azar, Air Canada bears the burden of proving that the US\$100 paid by MEA was not just compensation for inconvenience, but also for expenses associated with the delayed baggage. If Air Canada meets that burden, Dr. Azar then bears the burden of proving otherwise by providing convincing evidence.

[38] While the Agency agrees with Air Canada's submission that Article 29 of the Convention states that non-compensatory damages, such as loss of time, are not recoverable, the Agency is of the opinion that this does not preclude MEA from compensating Dr. Azar in that manner, if it so chooses. Nevertheless, the Agency notes that Air Canada provided an e-mail from MEA's Director of Customer Relations, who seems to have some knowledge of Dr. Azar's claim as, in his e-mail, he refers to the day that Dr. Azar arrived in Beirut, the delivery date of her baggage, the amount of Dr. Azar's claim for damage, and the fact that Dr. Azar's claim was supported by receipts. He also confirms that it is MEA's policy to provide passengers US\$100 for immediate expenses.

[39] Dr. Azar submits that it is difficult to believe that an air carrier would make a payment to settle a claim under the Convention without seeking confirmation or acknowledgment of receipt of the payment and/or a signed release from further claims for the same incident. The Agency must, however, rely on what the evidence demonstrates as opposed to what one party asserts is difficult to believe. Moreover, the Agency notes that Dr. Azar, herself, makes an unsubstantiated assertion regarding MEA's usual process and provides no evidence to demonstrate that MEA normally seeks a confirmation or acknowledgement of receipt of payment and/or a signed release. Regarding Dr. Azar's argument that Air Canada did not submit a statement from the MEA agent who gave her the US\$100, the Agency notes that she also did not file any evidence regarding the name of the person who provided the US\$100. The burden of proving that the amount of US\$100 received by Dr. Azar was for her inconvenience shifted back to Dr. Azar; however, the Agency notes that she provided no evidence that any other MEA agent was involved in the payment of US\$100.

[40] In the absence of any convincing evidence from Dr. Azar rebutting Air Canada's evidence in this regard, the Agency finds it more likely than not that the US\$100 provided by MEA to Dr. Azar was meant for partial settlement of her claim and to cover her immediate out-of-pocket expenses, that is, transportation costs and the purchase of personal items.

[41] The Agency notes that Dr. Azar discarded the receipts for her transportation costs associated with her return to the Beirut Airport to reclaim her baggage. The Agency is of the opinion that a party, in endeavoring to prove a fact, must do so by presenting the best evidence available in light of the nature

and circumstances of the case. While the production of original receipts of purchase will generally adequately support proof of loss, circumstances may render it unreasonable to require this form of proof. In these situations, it may be unreasonable to expect that such proof is in a complainant's possession. Other methods such as a sworn affidavit, a declaration or the inherent reasonableness of the expenses claimed could, in some cases, assist in determining the validity of a claim. Furthermore, the Agency notes that Article 22(2) of the Convention does not require proof of loss in the form of receipts of purchase.

[42] Dr. Azar provided receipts totalling CAD\$141.79 for out-of-pocket expenses related to the purchase of personal items. She also asserted that it cost her about CAD\$28.90 per direction to return to the Beirut Airport, but that she discarded the receipts for this claim as it had already been settled to her satisfaction by MEA. Air Canada does not dispute Dr. Azar's submission that she returned to the Beirut Airport to pick up her checked baggage and, as such, the Agency finds that it is not unreasonable that a passenger would incur travel costs in this regard.

[43] The Agency accepts Dr. Azar's evidence in this respect as it accords with common sense and is reasonable, having regard to the circumstances.

[44] The Agency finds, therefore, that in total, Dr. Azar incurred damages in the amount of approximately CAD\$199.59, which includes CAD\$141.79 for immediate necessities and approximately CAD\$57.80 for transportation costs. Considering that MEA provided partial compensation in the amount of US\$100, the Agency concludes that Dr. Azar is owed a further CAD\$99.59 in compensation from Air Canada.

ISSUE 2: WAS DR. AZAR DENIED BOARDING AND, IF SO, WHAT AMOUNT OF DENIED BOARDING COMPENSATION IS SHE ENTITLED TO?

Dr. Azar

[45] Dr. Azar submits that she held a valid reservation for Flight No. AC880 on February 18, 2011, but that she was denied boarding on the flight, and was told that her seat had been given away to another passenger.

[46] According to Dr. Azar, it is Air Canada's position that she was not at the boarding gate for Flight No. AC880 at the 30-minute cut-off time for the 8:15 p.m. flight, which is a condition required under the applicable tariff rules.

[47] Dr. Azar contends that this issue is not merely a dispute of fact, but also gives rise to important questions of law that are novel in this context: "Who bears the burden of proof as to the time that Dr. Azar presented herself at the boarding gate of Flight AC 880?" and "What is the legal definition of 'involuntary denied boarding'?" Dr. Azar submits that the answers to both of these questions of law are closely related to the legal principles of Article 19 of the Convention.

[48] Dr. Azar points out that in its preliminary determination in Decision No. [LET-C-A-80-2011](#) (*Lukács v. Air Canada*), the Agency characterized Article 19 of the Convention as one that imposes certain obligations upon the carrier, beyond those of payment of compensation:

A carrier, pursuant to Article 19 of the Convention, is liable for damage occasioned by delay in the carriage of, amongst other matters, passengers, but will not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or it was impossible for them to take such measures.

This provision imposes on a carrier an obligation, namely to transport a passenger as contracted, without delay, failing which there will be a presumption of liability for damage arising from any such delay. With a presumption of liability for delay against a carrier, the Agency is of the preliminary opinion that there is a concomitant obligation for a carrier to mitigate such liability and address the damage which has or may be suffered by a passenger as a result of the delay. Article 19 anticipates this by providing a carrier with a defence to the liability if it can show that it took, or it was impossible to take, all reasonable measures to avoid the damage caused by the delay. This is consistent with an assumption that a carrier, when faced with a presumption of liability, will take whatever action is necessary or possible, within reason, to address an issue which arose as a result of a situation which was within its control. As such, contrary to Air Canada's contention, Article 19 of the Convention cannot be said to impose no legal obligations on Air Canada.

[49] Dr. Azar notes that in the same Decision, the Agency also concluded that involuntary denied boarding due to overbooking constitutes delay for the purpose of Article 19 of the Convention. She submits that a crucial element of Article 19 is the reversal of the onus: it is not the passenger, but the carrier, that has the burden of proof. She adds that given the vast amount of records and information that carriers keep and are often required to keep, this provision of the Convention strikes the appropriate balance between the rights of passengers and carriers. Indeed, carriers are typically in a much better position to establish the relevant facts.

[50] Therefore, Dr. Azar submits that these legal principles equally apply to claims for denied boarding compensation: The burden of proof is on the carrier opposing a claim for denied boarding compensation to demonstrate that passengers who were denied boarding on a flight on which they held a valid reservation are not entitled to the compensation.

[51] According to Dr. Azar, the notion of "involuntary denied boarding" needs to be defined in a way that is consistent with the principles of the Convention in general, and the carrier's "concomitant obligation" to mitigate damages which have been or may be suffered by a passenger as a result of the delay. Dr. Azar submits that a key element of "involuntary denied boarding" is that a passenger hold a valid reservation for a flight, and the seat of that passenger is given away to another passenger. She argues that while a carrier should be at liberty to reassign seats of "no-shows", this ought not happen to the detriment of diligent passengers, who are delayed for reasons beyond their control, and who are available to board their flights, with perhaps some assistance from the carrier.

[52] Thus, Dr. Azar submits that a passenger with a valid reservation whose seat was given away by a carrier is considered to have been "involuntarily denied boarding" and entitled to compensation, unless the carrier can show that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to assist the passenger to board the flight, or that it was impossible for them to take such measures.

[53] Dr. Azar states that Flight No. AC8941, which was the first leg of her itinerary, was delayed on February 18, 2011. Consequently, Air Canada had a concomitant obligation to assist her in mitigating the effect of the delay, and in making it to the boarding gate for Flight No. AC880.

[54] Dr. Azar points out that it is a common practice for many European air carriers to assist passengers who arrive on a delayed flight by “fast tracking” them to their connecting flight by escorting and/or transporting them (by vehicle, inside or outside the terminal building) to the appropriate boarding gate. However, Dr. Azar states that in her case, the record is clear that Air Canada did nothing to assist her in reaching the boarding gate for Flight No. AC880.

[55] Dr. Azar states that she was left to her own devices to reach the boarding gate for Flight No. AC880. According to Dr. Azar, she reached the gate around 30 minutes before the departure time, and certainly at a time that would have allowed her to safely board the aircraft. Nevertheless, Dr. Azar was denied boarding on Flight No. AC880.

[56] Dr. Azar submits that while Air Canada claims that she missed the “30-minute cut off time” for Flight No. AC880, that term does not appear in Air Canada’s Tariff. She states that the legal principles of the Convention dictate that if such a “30-minute cut off time” term were part of Air Canada’s Tariff, the burden of proof to demonstrate that she missed the said cut-off time is on Air Canada.

[57] Dr. Azar contends that Air Canada’s conduct in her case was absurd and unreasonable; Air Canada knew that she was on board Flight No. AC8941, and thus Air Canada had a clear knowledge of her whereabouts. She maintains that in spite of this, Air Canada made no effort to assist her in reaching the boarding gate for Flight No. AC880. Moreover, Air Canada gave away her seat on Flight No. AC880 to another passenger, knowing perfectly well that she was proceeding on her own to the boarding gate for Flight No. AC880.

[58] Dr. Azar argues that even if she was a few minutes late with respect to the “30-minute cut off time” (a condition that is not found in Air Canada’s Tariff, and a fact that Air Canada has yet to prove), Air Canada’s failure to comply with its concomitant obligation under the Convention, and provide her with assistance to reach the boarding gate for Flight No. AC880 expeditiously, effectively amounts to an act of involuntary denied boarding. Therefore, Dr. Azar submits that Air Canada is liable to pay her denied boarding compensation as required by its Tariff.

Air Canada

[59] Air Canada submits that the fact that Flight No. AC8941 was delayed and caused Dr. Azar to not be able to successfully board Flight No. AC880 constituted a missed connection, and not denied boarding. Air Canada states that it met its legal and contractual obligations towards Dr. Azar under Tariff Rule 80(D) regarding missed connections, which provides that:

(D) MISSED CONNECTIONS

In the event a passenger misses an onward connecting flight on which space has been reserved because the delivering carrier did not operate its flight according to schedule or changed the schedule of such flight, the delivering carrier will arrange for the carriage of the passenger or make involuntary refund in accordance with Rule 90.

[60] Air Canada points out that Tariff Rule 80(D) sets out the obligation to arrange for the carriage of the passenger in the event that the passenger misses an onward connecting flight on which space has been reserved because the previous flight was not operated according to schedule.

[61] Air Canada argues that due to the late arrival of Flight No. AC8941, which departed at 6:28 p.m. instead of the scheduled 5:50 p.m. and only arrived at the gate in Toronto at 7:48 p.m. on February 18, 2011, Dr. Azar was not able to successfully make her connecting flight (Flight No. AC880). Air Canada points out that to get from the arrival gate for Flight No. AC8941 to the departure gate for Flight No. AC880, Dr. Azar needed to make a concourse terminal change within Terminal 1 and travel a very long distance between the arrival gate for Flight No. AC8941 and the departure gate for Flight No. AC880. Air Canada adds that Dr. Azar's baggage could not have been transferred to Flight No. AC880 due to the limited amount of time between the arrival of Flight No. AC8941 and the departure of Flight No. AC880. Air Canada points out that in the case of missed connections, the transfer of baggage, terminal transfers and transit security restrictions must also be taken into account.

[62] Air Canada states that the exception to the payment of denied boarding compensation found in Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1) under the requirement to arrive on time clarifies and exemplifies the fact that where such situations are the result of misconnections, the applicable regime is that of misconnections under Tariff Rule 80(D) and not of denied boarding.

[63] According to Air Canada, notwithstanding the foregoing, even if Dr. Azar was considered as having been denied boarding, the conditions to receive denied boarding compensation under Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) were not fulfilled. Air Canada adds that under this Rule, passengers must be acceptable for transportation in accordance with the published tariffs. The obligation to be at the gate within a certain amount of time is set out on Air Canada's Web site, and in Tariff Rules 60(D)(3)-(4) regarding reservations and applicable time limits, which provide that:

(D)CHECK-IN TIME LIMITS

(3) The passenger must be available for boarding at the boarding gate at least 30 minutes prior to scheduled departure time of the flight on which he/she holds a reservation.

(4) If passenger fails to meet any of these requirements, the carrier will reassign any pre-reserved seat and/or cancel the reservation of such passenger(s) who arrives too late for such formalities to be completed before scheduled departure time. Carrier is not liable to the passenger for loss or expense due to passenger(s) failure to comply with this provision.

NOTE: For the purpose of this rule, check-in is the point for checking baggage and the boarding gate is the point where the boarding pass stub is lifted and retained by the carrier.

[64] Air Canada therefore submits that contrary to Dr. Azar's allegations, it is impossible that she was present at the gate for Flight No. AC880 on February 18, 2011 within or around the 30-minute cut-off time prior to the departure of Flight No. AC880, due to the late arrival of Flight No. AC8941, which landed at 7:37 p.m., but only arrived at the gate in Toronto at 7:48 p.m.

[65] Air Canada asserts that the obligation to be at the boarding gate at least 30 minutes prior to the departure of international flights is a contractual obligation assumed by the passenger and is necessary for operational reasons. In order to properly carry out the boarding process in a timely manner, Air Canada requires, for international flights, that all passengers be at the gate at this time so that they can board the aircraft at the appropriate time. Air Canada points out that its staff require time to ensure that boarding can be completed, travel documents checked, passengers with special needs accommodated and luggage safely stowed in the overhead bins or under the seat in front of the passenger prior to final passenger count and close of the flight.

[66] Moreover, according to Air Canada, it is a fact that some passengers do not make it to the flight, although they are checked in, either because they checked in from a remote station and never made it to the airport, they are blocked at security (and possibly at customs in the case of passengers transiting from the United States of America), or they get "waylaid". Air Canada submits that during that period, passengers who are standing by for a flight can be assigned a seat that is vacant. The cut-off time to arrive at the gate allows gate agents to ensure that all passengers have boarded when they begin processing the list of standby passengers.

[67] Air Canada also points out that at the time of Dr. Azar's contract of carriage, the content of Tariff Rule 60(D)(3) on reservations and applicable time limits referred to a 55-minute cut-off time for passengers to be at the boarding gate. However, Air Canada had consistently been applying a 30-minute cut-off time, in accordance with the information communicated to its passengers on its Web site. Air Canada states that once this inconsistency was made known to it, Tariff Rule 60(D)(3) was revised (in April 2012) to reflect this 30-minute cut-off time for passengers to be present at the boarding gate.

[68] Air Canada also points out that the fact that carriers require passengers to comply with boarding gate deadlines is recognized by the Agency in its *Fly Smart* publication, which informs consumers to be aware that such deadlines exist and vary from carrier to carrier and between domestic and international flights.

Air Canada adds that the Agency informs consumers, through this publication, that “If you miss any of them, the carrier may reassign your pre-reserved seat and/or cancel your reservation. In such situations the air carrier has no obligation to put you on a later flight or to refund any portion of your unused ticket.”

[69] Air Canada asserts that Dr. Azar’s claim is unreasonable, in that she arrived at her final destination within 25 minutes of her originally scheduled arrival time. Air Canada asserts that such a situation should not be compensable, and that, for example, under U.S. Regulation 14 CFR Part 250.5, no compensation is required where alternate transportation offered by a carrier allows a passenger to arrive at their final destination not later than one hour after the planned arrival time.

[70] Air Canada states that it vigorously opposes the interpretation set out in the complaint with respect to applying the principles in Decision No. LET-C-A-80-2011. Air Canada points out that in that case, the complaint involved the content of Air Canada’s Tariff provision concerning passenger re-protection options (i.e., passenger rights) where a flight was cancelled or overbooked for reasons within the carrier’s control. Air Canada asserts that Dr. Azar is making an inappropriate and unfounded application of the Agency’s reasoning in this case. Air Canada adds that indeed, the application of the Agency’s opinion on a carrier’s supposed concomitant obligation to mitigate liability should not have the ultimate effect of prohibiting carriers from overbooking flights, which is a practice recognized as being reasonable in light of a carrier’s operational and commercial obligations and is the counterpart of flexible fares that allow modifications of itineraries at the last minute, causing passengers to “no-show” for a flight.

[71] Air Canada points out that overbooking is a known fact in the air transport industry, and the carrier’s right to deny boarding as well as the appropriate level of compensation is provided for in the relevant tariff.

[72] Air Canada submits that there is no legal requirement for a carrier to facilitate the movement of a passenger during connections. This is policy-driven and the extent of assistance directly provided to passengers whose connection is at risk varies depending on the circumstances of the daily operations (e.g. weather conditions and number of irregular operations) in a given airport and on the transit security restrictions. For example, usually, where Air Canada expects a passenger to miss a connection due to the late arrival of a flight, an arrival agent will meet the passenger at the exit of the aircraft and/or intercept them with a new boarding card or rebook them on another flight. Air Canada states that it has no records that could confirm or deny whether Dr. Azar was assisted in any way.

Dr. Azar

[73] Dr. Azar states that upon the arrival of Flight No. AC8941, she was the first passenger to disembark. She points out that she had no hand luggage or SkyCheck to wait for, and proceeded by running to the boarding gate for Flight No. AC880, and that when she reached the gate, she found three passengers ahead of her in the line for boarding. She submits that when it was her turn to board Flight No. AC880, she was informed that her seat had been reassigned to another passenger. Dr. Azar reiterates that the real question underlying this issue is the distinction between missing a connecting flight and being denied boarding.

[74] Dr. Azar argues that Air Canada’s evidence that Flight No. AC8941 reached the arrival gate at or before 7:48 p.m. does not accord with her recollection; however, she submits that this question need not be decided in her favour to establish that she is entitled to denied boarding compensation. Dr. Azar states

that she is therefore prepared to accept that Air Canada's evidence is correct.

[75] Dr. Azar contends that her submission that when she reached the boarding gate for Flight No. AC880, three passengers were ahead of her in the line for boarding is corroborated by Air Canada's submissions. She adds that regardless of the time that she reached the departure gate for Flight No. AC880, the uncontradicted evidence before the Agency is that the flight was still boarding, possibly its very last passengers.

[76] According to Dr. Azar, had Air Canada not reassigned her seat to another passenger, she could have boarded Flight No. AC880. Dr. Azar asserts that irrespective of the time that she reached the boarding gate, she was there sufficiently early to be able to board the flight as the other passengers in line in front of her did.

[77] Dr. Azar refers to a decision of the European Court of Justice in a case similar to hers, in which the Court concluded that the concept of "denied boarding" includes situations where the first flight included in the reservation has been subject to a delay with the result that passengers do not arrive on time to board the second flight. Dr. Azar points out that while the Agency is not bound by this ruling, she requests that it be considered.

[78] Dr. Azar argues that Air Canada failed to take the most obvious and simple step to avoid causing her delay, namely, expediting her movement from the arrival gate for Flight No. AC8941 to the departure gate for Flight No. AC880 rather than reassigning her seat to another passenger. She claims that Air Canada had a very good, albeit entirely self-serving, reason to not assist her to board Flight No. AC880; the flight was oversold.

[79] Dr. Azar submits that by reassigning her seat to another passenger even though she was at the departure gate in time to board the flight, Air Canada avoided paying denied boarding compensation that it normally would have to pay to some of the passengers who could not be assigned seats due to the overbooking. Dr. Azar contends that at the same time, Air Canada is attempting to evade paying her denied boarding compensation. Dr. Azar argues that Air Canada ought not be allowed to rely on the consequences of its own actions and/or omissions and/or failure to operate on time to justify its refusal to pay denied boarding compensation. Dr. Azar seeks denied boarding compensation in the amount of 300 euros.

Analysis and findings

[80] Dr. Azar argues that she was denied boarding on Flight No. AC880, and was told that her seat was given away to another passenger. Air Canada claims that Dr. Azar was not available at the boarding gate at the 30-minute cut-off time for Flight No. AC880, which is a condition required under the applicable Tariff rules.

[81] Given Air Canada's evidence that Flight No. AC8941 arrived at the gate in Toronto at 7:48 p.m., the Agency finds that it is not possible that Dr. Azar could have presented herself at the boarding gate for Flight No. AC880 at 7:45 p.m. prior to either the 55-minute cut-off time or the revised 30-minute cut-off time.

[82] The Agency is of the opinion that while Air Canada cancelled Dr. Azar's reservation 74 minutes before the departure of Flight No. AC880, as opposed to 55 minutes (or 30 minutes, pursuant to the current Tariff provision), the fact still remains that Dr. Azar was not available for boarding 55 minutes (the Tariff provision in place at that time) before the scheduled departure of her flight, and as such, she still would not have met the requirement for compensation for denied boarding, even if her failure to board Flight No. AC880 would have been classified as such.

[83] Pursuant to Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a), to be compensated for denied boarding, passengers are required to present themselves for carriage at the appropriate time (i.e., at the boarding gate, 55 minutes prior to the scheduled departure time). As Dr. Azar admits that she did not present herself as such, this is a situation of a missed connection, not denied boarding. The Agency therefore finds that Dr. Azar is not entitled to denied boarding compensation.

[84] Dr. Azar seeks 300 euros for denied boarding compensation. The Agency notes that even if it had found that Dr. Azar was denied boarding and was consequently entitled to denied boarding compensation as a result of Air Canada's contravention of subsection 110(4) of the ATR (Air Transportation Regulations), the Agency could only direct Air Canada to compensate Dr. Azar in accordance with its Tariff, and not according to the legislative requirements of the European Union, as Dr. Azar requests.

[85] The Agency finds that Air Canada met its obligations under Tariff Rule 80(D) in reprotecting Dr. Azar, and took reasonable steps to mitigate the damages to Dr. Azar as a result of the missed connection, and as such, satisfied its obligation pursuant to Article 19 of the Convention. The Agency notes that Dr. Azar arrived at her destination within 25 minutes of her originally scheduled arrival time and, as pointed out by Air Canada, under U.S. Regulation 14 CFR Part 250.5, passengers who arrive at their original destination not later than one hour after planned arrival are not compensated. The Agency also notes that the American compensation regime is one that Dr. Azar finds to be reasonable.

ISSUE 3: IS AIR CANADA'S TARIFF RULE 89(PART 1)(E)(1)(a) CLEAR WITHIN THE MEANING OF SECTION 122 OF THE ATR (Air Transportation Regulations)?

Dr. Azar

[86] Dr. Azar submits that the legal test for clarity was established by the Agency in Decision No. 2-C-A-2001 (*H. v. Air Canada*) and was applied recently in Decision No. 418-C-A-2011 (*Lukács v. WestJet*):

[...] the Agency is of the opinion that an air carrier's tariff meets its obligations of clarity when, in the opinion of a reasonable person, the rights and obligations of both the carrier and passengers are stated in such a way as to exclude any reasonable doubt, ambiguity or uncertain meaning.

[87] Dr. Azar maintains that the phrase "at the appropriate time and place" found in Tariff Rule 89 (Part 1) (E)(1)(a) is unclear, as that phrase could mean checking in with the carrier by a prescribed time, or being at the boarding gate by a prescribed time, or being at the boarding gate simply before the closing of the

gate and the end of the boarding process. Dr. Azar also contends that the phrase is particularly ambiguous in that it is not clear whether the time is determined on a case-by-case basis, or whether it is a predetermined amount of time prior to the flight's departure.

[88] Dr. Azar is of the opinion that the wording of Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) ought to be substituted with a wording that removes any possible ambiguity.

Air Canada

[89] Air Canada recognizes that it has the obligation to set out clear and unambiguous tariffs, in accordance with section 122 of the ATR (Air Transportation Regulations). In reference to the legal test established by the Agency, Air Canada points out that the obligation of clarity is not considered as synonymous with "accurate" but, rather, refers to, in the context of the Tariff provision, "easy to understand, self-evident or plain".

[90] Air Canada maintains that Tariff Rule 89(Part1)(E)(1)(a), as drafted at the time of Dr. Azar's contract of carriage, was clear, and in response to Dr. Azar's objection to the phrase "at the appropriate time and place", Air Canada notes that Dr. Azar does not recognize the remaining portion of Rule 89(Part 1)(E)(1) (a). Air Canada states that the phrase "at the appropriate time and place" is followed by specifying language, which serves to indicate the requirement of being present at the appropriate time and place. More specifically, Air Canada points out that subparagraph (i) sets out that this requires having complied fully with Air Canada's applicable reservation, ticketing, check-in and reconfirmation procedures, and subparagraph (ii) sets out that this requires being acceptable for transportation in accordance with Air Canada's published tariffs. Air Canada adds that to be acceptable for transportation in accordance with its Tariff, the phrase "at the appropriate time and place" refers to the cut-off time before which a passenger must be present at the gate, which is indicated in Tariff Rule 60(D)(3) on reservations and applicable time limits.

[91] Air Canada submits that as part of the revision it carried out in response to Decision No. 250-C-A-2012 (Lukács v. Air Canada), Rule 89(Part I)(E)(1)(a) now reads as follows: "The passenger must present himself for carriage at the appropriate time and place in accordance with this tariff: having complied fully with AC applicable reservation, ticketing, check-in and boarding [...]"

[92] Air Canada also points out that the current wording used by Air Canada in Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) parallels the wording found in the Compensation for Passengers Involuntarily Denied Boarding section of the Sample Tariff drafted by the Agency, which sets out the following: "The passenger holding a confirmed and ticketed reservation must present him/herself for carriage at the appropriate time and place, having complied fully with the carrier's requirements related to ticketing, check-in and reconfirmation procedures and having met all requirements for acceptance for transportation published in the carrier's tariffs."

Dr. Azar

[93] Dr. Azar submits that the phrase "at the appropriate time and place" is unclear in both the Tariff provision in effect at the time of her travel and the current version of the Tariff.

[94] Dr. Azar makes reference to Decision No. LET-C-A-29-2011 (*Lukács v. Air Canada*) in which the Agency advised that the material appearing on the Agency's Web site is provided solely for information purposes and, due to timing of posting of amendments, may not always reflect the most recent Agency decisions. In this respect, Dr. Azar submits that it is up to the Panel to consider and decide whether the impugned Tariff provision is clear, and the Panel is not bound in any way by the Sample Tariff posted on the Agency's Web site.

[95] Dr. Azar also points out that while Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) may clearly state what it is that the passengers have to do prior to presenting themselves, it fails to state where and when passengers must present themselves to be eligible for denied boarding compensation. She submits that given the length and complexity of the Tariff, it is far from being clear that "at the appropriate time and place" refers to Tariff Rule 60(D)(3), as suggested by Air Canada in its answer, or perhaps some other rules. As such, Dr. Azar states that it has an ambiguous and/or uncertain meaning.

[96] Dr. Azar is of the opinion that the phrase "at the appropriate time and place" in Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) ought to be replaced with "at the check-in counter and boarding gate before the cut-off times set out in Rule 60(D)(3)", if that is indeed what Air Canada means.

Analysis and findings

[97] The Agency notes that after Dr. Azar filed her complaint, Air Canada filed a revised Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a). The Agency will therefore determine whether the current Tariff Rule is clear within the meaning of section 122 of the ATR (Air Transportation Regulations).

[98] As stated by the parties, the Agency has previously found that an air carrier meets its tariff obligation of clarity when, in the opinion of a reasonable person, the rights and obligations of both the carrier and the passengers are stated in such a way as to exclude any reasonable doubt, ambiguity or uncertain meaning.

[99] The Agency notes Air Canada's argument that the wording in its current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) parallels the wording in the Agency's Sample Tariff. In this regard, the Agency clarifies the intent of the Sample Tariff which is contained in the *Important Qualifiers* section of the Sample Tariff and is set out below. Based on this, it is clear that the Agency is not bound by the Sample Tariff:

This Sample Tariff has been prepared by Agency staff and does not represent an Agency endorsement or approval of its terms. If a carrier chooses to adopt the Sample Tariff as its own, in whole or in part, it can still be subject to Agency review and complaints filed pursuant to the CTA or the ATR (Air Transportation Regulations). The Agency, upon investigating a complaint or on its own motion, could find a carrier's tariff provision to be unreasonable and require a carrier to amend its tariff accordingly even if the carrier's tariff reflects the wording of the Sample Tariff.

[100] Air Canada's current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) states that a passenger must present himself for carriage at the appropriate time and place in accordance with Air Canada's Tariff. However, in order to understand what constitutes the appropriate time and place and to exclude any reasonable doubt, a

passenger would have to either search for or know of the existence of Tariff Rule 60(D)(3). As such, Air Canada's current Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) is unclear because it does not provide complete information when read in and of itself.

[101] The Agency therefore finds that Air Canada's current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) creates doubt and uncertainty as to a passenger's obligations and consequently, it is unclear.

[102] The Agency agrees with Dr. Azar's submission that the phrase "at the appropriate time and place" found in Air Canada's current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) should be replaced with "at the check-in counter and boarding gate before the cut-off times set out in Rule 60".

ISSUE 4: IS AIR CANADA'S TARIFF RULE 89(PART 1)(E)(1)(a) JUST AND REASONABLE WITHIN THE MEANING OF SUBSECTION 111(1) OF THE ATR (Air Transportation Regulations)?

Air Canada

[103] Air Canada argues that the 30-minute cut-off period is necessary for operational reasons, specifically in consideration of the need to complete tasks such as the transfer of baggage, terminal transfers and security restrictions and to carry out the boarding process in a timely manner. Furthermore, it is also during that period that passengers who are on standby for a flight can be assigned a seat that is vacant. Air Canada contends that the 30-minute cut-off period allows gate agents to ensure that all passengers have boarded when the agents begin the processing of the list of standby passengers.

Dr. Azar

[104] Dr. Azar states that she does not dispute that it is reasonable to expect passengers to take the necessary steps to present themselves for check-in and boarding by the cut-off time; however, she disputes the reasonableness of making the passengers solely responsible for complying with these requirements in situations where their ability to comply with such requirements is affected by Air Canada's actions or omissions.

[105] In particular, Dr. Azar submits that Air Canada ought not to be allowed to rely on a passenger's inability to comply with Tariff Rule 60(D)(3) as a justification for refusing to pay denied boarding compensation if Air Canada is liable in any way for the cause of the passenger's inability to comply with such Rule. Dr. Azar asserts that Air Canada should not be able to benefit from its own actions or omissions if they lead to passengers being unable to present themselves for check-in or boarding. As an example, she points out that a carrier that closes its check-in counters prematurely or refuses to check in passengers without a cause cannot blame passengers for not checking in or reaching the boarding gate on time. In this regard, she refers the Agency to Decision No. 54-C-A-2006 (*McIntyre v. Air Canada*).

[106] Dr. Azar therefore argues that Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) is unreasonable to the extent that it applies to passengers who are unable to meet the cut-off times for causes for which Air Canada is liable in any way. Dr. Azar is of the opinion that Air Canada ought to be able to relieve itself from the obligation of paying denied boarding compensation only in cases where the passenger's failure to comply with the cut-off times is entirely outside of Air Canada's control.

Analysis and findings

[107] The Agency notes that after Dr. Azar filed her complaint, Air Canada filed a revised Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a). The Agency will therefore determine whether the current Tariff Rule is just and reasonable within the meaning of subsection 111(1) of the ATR (Air Transportation Regulations).

[108] Air Canada maintains that the 30-minute cut-off period is required for operational reasons.

[109] Dr. Azar argues that Air Canada ought not to be able to benefit from its own actions or omissions if they lead to passengers being unable to present themselves for check-in or boarding. To support this statement, she makes reference to a situation where a carrier that closes its check-in counters prematurely or refuses to check in passengers without a cause cannot blame passengers for not checking in or reaching the boarding gate on time.

[110] With respect to the situation which Dr. Azar describes above, the Agency is of the opinion that every complaint is assessed on its own merits, and that in such a situation, a passenger has an opportunity to present evidence demonstrating that they arrived at the check-in gate prior to the 30-minute cut-off period. The Agency will assess the evidence and make the appropriate finding in consideration of the specific facts and circumstances of this case.

[111] The Agency finds that Air Canada's submissions respecting this matter are more compelling than those of Dr. Azar. In particular, the Agency agrees with the submissions put forward by Air Canada that operationally, there are many tasks to be completed during that 30-minute time period. The Agency therefore finds that Air Canada's requirement that passengers be available for boarding 30 minutes prior to the scheduled departure time of the flight strikes a reasonable balance between Air Canada's statutory, commercial and operational obligations and the passengers' rights to be subject to reasonable terms and conditions of carriage. As such, the Agency finds that current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) is neither unjust nor unreasonable.

ISSUE 5: DID AIR CANADA CORRECTLY APPLY TARIFF RULES 60(D)(3)-(4)?

Dr. Azar

[112] Dr. Azar indicates that Rules 60(D)(3)-(4) permit Air Canada to reassign the seats of passengers who fail to present themselves for boarding at least 30 minutes prior to the scheduled departure time (the previous version of these Rules provided for 55 minutes instead of 30 minutes). She maintains that, in

particular, Rules 60(D)(3)-(4) are not based on Air Canada's belief or expectation of whether the passenger is present at the cut-off time, but rather, Air Canada is required to ascertain whether the passengers are present at the gate.

[113] Dr. Azar submits that Air Canada cancelled her reservation for Flight No. AC880 at 7:01 p.m., that is, not 30 or 55 minutes, but rather 74 minutes before the scheduled departure of the flight. Moreover, Dr. Azar maintains that Air Canada took no steps to ascertain whether she was actually present at the departure gate 30 minutes prior to the departure of her connecting flight, but rather relied on its guess that she would not be at the gate by the cut-off time. Therefore, Dr. Azar argues that Air Canada failed to apply Tariff Rules 60(D)(3)-(4).

Air Canada

[114] Air Canada made no submissions respecting this issue.

Analysis and findings

[115] Tariff Rule 60(D)(4), in effect at the time of Dr. Azar's travel, allowed Air Canada to reassign any pre-reserved seat and/or to cancel the reservation of passengers who, among other things, failed to present themselves at the boarding gate 55 minutes prior to the scheduled departure of their flights.

[116] The evidence provided by Air Canada indicates that it cancelled Dr. Azar's reservation 74 minutes prior to the scheduled departure of her connecting flight. It is clear that this cancellation was based on Air Canada's determination that, given the late departure of Dr. Azar's initial flight, she would not be able to present herself at the boarding gate within the 30 minute cut-off period for her connecting flight. Air Canada operates the dispatch system and, accordingly, knew exactly when Dr. Azar's aircraft was to arrive.

[117] Based on this evidence, the Agency finds that it would have been impossible for Dr. Azar to be at the boarding gate on time, and as such, it was reasonable for Air Canada to cancel her reservation, based on its knowledge that she could not present herself at the boarding gate for her connecting flight 55 minutes prior to the scheduled departure time of her flight. Accordingly, the Agency finds that Air Canada properly applied Tariff Rules 60(D)(3)-(4) when it cancelled Dr. Azar's reservation.

ISSUE 6: ARE AIR CANADA'S REVISED TARIFF RULES 60(D)(3)-(4) REASONABLE WITHIN THE MEANING OF SUBSECTION 111(1) OF THE ATR (Air Transportation Regulations)?

Air Canada

[118] Air Canada submits that the obligation to be at the boarding gate at least 30 minutes prior to the departure of international flights is a contractual obligation assumed by the passenger and is necessary for operational reasons. Air Canada point out that to properly carry out the boarding process in a timely

manner, Air Canada requires, for international flights, that all passengers be at the gate at this time so that they can board the aircraft at the appropriate time.

Dr. Azar

[119] In Dr. Azar's view, there is no doubt that boarding an aircraft does take a certain amount of time, and thus Air Canada needs most (but not all) of the passengers present at the boarding gate at least 30 minutes prior to the scheduled departure time to facilitate the boarding.

[120] Dr. Azar states that there is also no doubt that passengers who control their own movements are responsible to be at the boarding gate 30 minutes prior to the scheduled departure time; however, she submits that it is unreasonable to apply the Tariff Rule to passengers whose movements are controlled and inhibited by Air Canada, such as passengers arriving on delayed connecting flights.

[121] In other words, Dr. Azar contends that while in many cases, Rules 60(D)(3)-(4) serve an important and legitimate purpose of removing no-shows from the passenger list, and thus freeing up seats for other passengers, they fail to distinguish between no-shows and passengers whose whereabouts are known (because they are on connecting flights), but who may be slightly late due to the delay of their connecting flights.

[122] Dr. Azar argues that Air Canada knows and is able to monitor when passengers check in and board every leg of their itinerary. In particular, if the first flight of an itinerary is delayed, then Air Canada knows which passengers may be late to the departure gate of their next flights not because of their own fault, but rather because of the delay of a first leg.

[123] Dr. Azar maintains that although holding flights for connecting passengers is a common industry practice, she does not suggest that Air Canada has an obligation to do so; however, she submits that it is unreasonable for Air Canada to apply the same 30-minute cut-off time to connecting passengers whose previous flights were delayed. Instead, Air Canada ought to apply the shortest cut-off time operationally possible, for those connecting passengers. Dr. Azar adds that according to Air Canada's own evidence, its standard operational procedures provide for "last calls" 15 minutes prior to the scheduled departure time. According to Dr. Azar, this means that while most passengers should board the flight earlier, Air Canada is still capable of boarding passengers 15 minutes before the scheduled departure time without affecting its ability to meet its operational obligations. She contends that there is therefore no reason for applying a 30-minute cut-off time to connecting passengers whose previous flights were delayed, and who can reasonably be expected to be late at the departure gates for their next flights as a result of such delays.

[124] Dr. Azar submits that a cut-off time of 15 minutes or shorter ought to apply to such passengers, and Air Canada ought not to be allowed to reassign their seats until such a cut-off time. Dr. Azar therefore argues that Rules 60(D)(3)-(4) are unreasonable to the extent that they apply to passengers on delayed connecting flights.

Analysis and findings

[125] It is Air Canada's position that the obligation to be at the boarding gate at least 30 minutes prior to the departure of international flights is a contractual obligation assumed by the passenger and is necessary for operational reasons. Dr. Azar, on the other hand, argues that Air Canada is still capable of boarding passengers 15 minutes before the scheduled departure time without affecting its ability to meet its operational obligations.

[126] The Agency agrees with Air Canada's position that in light of operational requirements, a cut-off time for boarding needs to be established and that a 30-minute cut-off time is reasonable. The arguments presented by Dr. Azar for a shorter cut-off time for Air Canada's connecting passengers are not convincing. The Agency is of the opinion that establishing different cut-off times for some passengers would create confusion among passengers and may be perceived by them as being a discriminatory practice. Moreover, a shorter period may indeed hinder Air Canada's operations, to the detriment of all passengers. Accordingly, the Agency finds that Air Canada's revised Rules 60(D)(3)-(4) are reasonable.

ISSUE 7: SHOULD DR. AZARBE AWARDED COSTS, PURSUANT TO SECTION 25.1 OF THE CTA?

Dr. Azar

[127] Dr. Azar states that while not every quasi-judicial body has the power to make an order for costs, section 25.1 of the CTA confers very broad powers upon the Agency with respect to awarding costs. According to Dr. Azar, it appears that the Agency has never exercised its powers pursuant to subsection 25.1(4) of the CTA to establish a scale for taxation of costs, and has been reluctant to award costs. Dr. Azar refers to Decision No. 20-C-A-2011 (*Motion by Karen Kipper – Decision No. 309-C-A-2010*), in which the Agency stated that:

[...] As a general rule, costs are not awarded, and the Agency's practice has been to award these only in special or exceptional circumstances. In making its determination in a given case, the Agency considers a combination of factors such as the nature of the application, the length and complexity of the proceeding, whether the Agency held an oral hearing, whether parties have acted efficiently and in good faith, or if a party has incurred extraordinary costs to prepare and defend its application.

[128] Dr. Azar submits that a leading authority on cost awards is the case *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71 (*Okanagan Indian Band*), in which the Supreme Court of Canada described the traditional principles for awarding costs.

[129] Dr. Azar argues that the Agency is bound by the principles laid down by the Supreme Court of Canada, and as such, the Agency must exercise the powers and discretion conferred upon it by subsection 25.1(1) of the CTA judicially, and the ordinary rules of costs (namely, that costs follow the event) should be followed unless the circumstances justify a different approach.

[130] Therefore, according to Dr. Azar, awarding costs to the successful party against the unsuccessful one ought to be the “general rule” for awarding costs by the Agency, and not awarding costs ought to be the exception.

[131] Dr. Azar notes that the preamble of the Convention recognizes “the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air and the need for equitable compensation based on the principle of restitution.”

[132] Dr. Azar submits that while Article 22(6) of the Convention explicitly recognizes that costs are to be awarded in accordance with the law of the court seized with the matter, the underlying principles of the Convention strongly militate in favour of awarding costs on a full indemnity basis against carriers who fail to offer compensation to passengers in accordance with the provisions of the Convention.

[133] Dr. Azar states that under the ATR (Air Transportation Regulations), the Agency has a dual role: to review, disallow, suspend, and substitute tariff provisions on the one hand, and to enforce tariff provisions by ordering carriers to take corrective measures on the other hand.

[134] Dr. Azar maintains that the purpose of having a regulatory scheme in place is not merely to resolve disputes between passengers and air carriers, but rather to assist in achieving the objectives stated in section 5 of the CTA. She submits that the statutory obligation to publish, file and apply tariffs imposed upon carriers becomes meaningless if these obligations are not enforced. Dr. Azar points out that individual complaints against carriers brought before the Agency have an important role in enforcing the regulatory scheme that Parliament has put in place by enacting the CTA, and consequently, such complaints serve not only the interests of the individual consumer, but also the entire travelling public. Consequently, consumer complaints brought before the Agency also serve, by their very nature, the public interest.

[135] Dr. Azar states that access to justice has been recognized as a consideration in awarding costs, in particular, in the context of public interest litigation, in the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *Okanagan Indian Band*.

[136] Dr. Azar submits that none of the common cost-reducing methods (such as commencing a class proceeding or a contingency fee agreement) are available to consumers before the Agency. According to Dr. Azar, the Agency has neither jurisdiction nor procedures for adjudicating class proceedings, and the amounts typically involved in individual consumer complaints are too small for contingency fee agreements.

[137] According to Dr. Azar, individual consumers are left with only one avenue to obtain legal representation before the Agency: paying the legal fees from their own resources. These fees significantly exceed the amount of damages sought, and render such complaints economically infeasible if the Agency follows its “general rule” to not award costs to successful consumers.

[138] Dr. Azar therefore argues that awarding costs in favour of consumers who are successful in a proceeding before the Agency is absolutely necessary to ensure that the complaint process remains accessible to the travelling public at large, and not only to the exceptionally wealthy or the legally trained.

[139] Dr. Azar submits that it is important to also reflect on the public policy effect of the Agency's current "general rule" of not awarding costs, which (as this case exemplifies) encourages air carriers to ignore consumer complaints that could be settled as hoped for by drafters of the Convention, without the involvement of the Agency. According to Dr. Azar, a significant portion of consumers are deterred from pursuing their claims before the Agency due to the associated legal fees, which they would not be compensated for due to the Agency's "general rule" on costs.

[140] Considering this, Dr. Azar contends that the current "general rule" provides a disincentive for air carriers to settle claims, and encourages them to not take consumer complaints seriously until they are brought before the Agency or a court.

[141] Dr. Azar argues that Air Canada's deceptive conduct ought to be taken into consideration in the context of costs, and that she ought to be awarded costs on a full indemnity basis.

[142] According to Dr. Azar, these exceptional circumstances warrant an award of costs in her favour and against Air Canada, even under the Agency's current "general rule".

Air Canada

[143] Air Canada points out that, as a general rule, the Agency has recognized that costs are not awarded, and that the Agency's practice is to only award costs in special or exceptional circumstances. Air Canada contends that as specified by the Agency in Decision No. 20-C-A-2011 and Decision No. 418-C-A-2011 (*Lukács v. WestJet*), when determining whether an award for costs should be granted, the following factors will be taken into account: (1) the nature of the application, (2) the length and complexity of the proceeding, (3) whether the Agency held an oral hearing, (4) whether parties have acted efficiently and in good faith, and (5) whether a party has incurred extraordinary costs to prepare and defend its application (such as where expert evidence is required).

[144] Air Canada submits that costs are therefore only awarded on an exceptional basis where proceedings are complex. For example, the Agency awarded costs in Decision No. 61-AT-A-2008 (*Application—by the Estate of Eric Norman, Joanne Neubauer and the Council of Canadians with Disabilities for an award of costs*) as the procedures were unusually lengthy, required the preparation of extensive expert evidence and involved a two-stage oral hearing.

[145] Air Canada maintains that the specific provisions of the Convention with respect to amounts and types of damages should not be considered as non-consumer friendly, thereby warranting (according to Dr. Azar) an award of costs. Indeed, the Convention regime should be viewed as a whole, taking all provisions into account. Therefore, Air Canada argues that one must also consider the reversal of the burden of proof and the presumption of fault.

[146] Air Canada states that the Convention was established as a consumer protection mechanism and it cannot be argued as limiting consumer protection when the Convention is considered as a whole. Air Canada also points out that in this case, there are no special or exceptional circumstances to warrant an award of costs. Air Canada is of the view that the costs should not be awarded. In support of its position, Air Canada states that the proceeding was not exceptionally lengthy, nor complex as no expert evidence or oral hearing was necessary.

Dr. Azar

[147] Dr. Azar states that her argument that the Agency should revisit and refine its general practice with respect to awarding of costs to bring it into line with the ruling of the Supreme Court of Canada in *Okanagan Indian Band* raises a novel issue that merits serious consideration.

[148] Dr. Azar's position is that in the absence of an award of costs to compensate passengers for the legal costs they incur in relation to enforcing their rights under the Convention, it becomes economically unfeasible for the vast majority of passengers to enforce these rights. She adds that this, in turn, effectively renders the rights of passengers meaningless, which is a concern from the point of view of public policy, access to justice, and the interest of the Canadian travelling public.

[149] Dr. Azar is of the opinion that Air Canada has failed to act efficiently and in good faith in this proceeding, and has unnecessarily prolonged it.

[150] Dr. Azar submits that in sharp contrast with the two authorities cited by Air Canada in support of not awarding costs, in this case, Dr. Azar is represented by legal counsel. She points out that although the amounts sought are CAD\$141.79 for out-of-pocket expenses and 300 euros for denied boarding compensation, due to Air Canada's refusal to compensate her and the complexity of the case, Dr. Azar has incurred substantial expenses that are extraordinary compared to the amounts sought.

Analysis and findings

[151] Section 25.1 of the CTA states:

1. Subject to subsections (2) to (4), the Agency has all the powers that the Federal Court has to award costs in any proceeding before it.
2. Costs may be fixed in any case at a sum certain or may be taxed.
3. The Agency may direct by whom and to whom costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed.
4. The Agency may make rules specifying a scale under which costs are to be taxed.

[152] The Agency has full discretion to award costs and, in the past, has relied on a set of general principles in determining whether to award costs, including whether the applicant for an award of costs has a substantial interest in the proceeding, has participated in the proceeding in a responsible manner, has made a significant contribution that is relevant to the proceeding, and has contributed to a better understanding of the issues by all the parties before the Agency. In addition, the Agency may consider other factors, such as the importance and complexity of the issues, the amount of work and the result of the proceeding in justifying an award of costs.

[153] Dr. Azar relies on the Supreme Court of Canada ruling in *Okanagan Indian Band*, and argues that the Agency is bound by the principles laid down by that Court. To clarify, the question on appeal before the Supreme Court of Canada in that case related to the inherent jurisdiction of the courts to grant costs to a litigant, in rare and exceptional circumstances, prior to the final disposition of a case and in any event of

the cause. Also important in that case is that the Supreme Court of Canada referred to judicial proceedings as opposed to quasi-judicial ones such as the Agency proceedings, which in itself, contradicts the submission of Dr. Azar that the Agency is bound by that ruling.

[154] The distinction between judicial proceedings and quasi-judicial proceedings is, as just noted, important, and must be considered. In *Bell Canada v. Consumers' Assoc. of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 190, the issue that the Supreme Court of Canada had to decide was whether, in the exercise of the discretion to award costs conferred by section 73 of the *National Transportation Act, 1987*, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission was bound by the principle of indemnification as it is applied in the award of costs by the courts. The Supreme Court of Canada stated:

On the application of the principle of indemnification to the award of costs by the Commission pursuant to s. 73 of the Act, Urie J. expressed himself as follows: The principal issue in this appeal is whether the meaning to be ascribed to the word ["costs"] as it appears in the Act should be the meaning given it in ordinary judicial proceedings in which, in general terms, costs are awarded to indemnify or compensate a party for the actual expenses to which he has been put by the litigation in which he has been involved and in which he has been adjudged to have been a successful party. In my opinion, this is not the interpretation of the word which must necessarily be given in proceedings before regulatory tribunals.

[155] What an award of costs means when judicial courts are dealing with judicial proceedings is not necessarily the same as when a quasi-judicial tribunal, such as the Agency, is dealing with quasi-judicial proceedings.

[156] Another consideration is that in judicial courts, there are always litigation expenses, even if only for judicial fees to be paid for the issuance of, for example, a statement of claim, a statement of defence, a notice of application, a notice of motion, a requisition for a hearing date, a notice of appeal and a subpoena. The Agency, however, does not charge fees for the filing of applications, responses, replies and motions or other documents.

[157] The Agency as a quasi-judicial tribunal is, by its very nature, a tribunal where a party can successfully plead without representation by counsel. For the vast majority of consumer complaints, including successful ones, the complainant is not represented by counsel.

[158] With respect to the argument of Dr. Azar that proceedings before the Agency involve an adversarial process, strict deadlines and complex legal arguments that are clearly beyond the legal knowledge and skill of an average air passenger, the Agency reminds Dr. Azar of the existence of the *Canadian Transportation Agency General Rules*, SOR/2005-35, as amended (General Rules). The General Rules set out a full procedural code for proceedings before the Agency that can be used by an individual who is self represented.

[159] Dr. Azar is of the opinion that awarding costs in favour of consumers who are successful in a proceeding before the Agency is absolutely necessary to ensure that the Agency's complaint process remains accessible to the travelling public at large, and not only to the exceptionally wealthy or the legally trained. Dr. Azar is also of the opinion that a significant portion of consumers are deterred from pursuing

their claims before the Agency due to the associated legal fees, which they would not be compensated for due to the Agency's general rule on costs. It is not clear, because it is unsupported, on what basis Dr. Azar makes such arguments. The Agency has been in existence for a long time, the complaint process is as accessible as it can be and the Agency points out that these arguments have, to date, only been raised by Dr. Azar.

[160] With respect to Dr. Azar's contention that Air Canada engaged in deceptive conduct, has failed to act efficiently and in good faith, and has unnecessarily prolonged the proceeding, the Agency does not agree.

[161] As noted in the Preliminary Matter part of this Decision, essentially the same arguments were raised in another case involving Air Canada. No novel issue was raised by Dr. Azar in this case.

[162] In light of the above, the Agency maintains, as it has in past decisions, that an award of costs is warranted only in special or exceptional circumstances. There are no special or exceptional circumstances in this case.

SUMMARY OF CONCLUSIONS

- **Issue 1:** Dr. Azar is entitled to further damages in the amount of CAD\$99.59.
- **Issue 2:** Dr. Azar was not denied boarding and, as such, she is not entitled to denied boarding compensation.
- **Issue 3:** Current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) is unclear.
- **Issue 4:** Current Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a) is reasonable.
- **Issue 5:** Air Canada properly applied Tariff Rules 60(D)(3)-(4).
- **Issue 6:** Air Canada's revised Rules 60(D)(3)-(4) are reasonable.
- **Issue 7:** The Agency will not order costs against Air Canada.

ORDER

[163] Based on the above findings, the Agency orders Air Canada to:

- pursuant to section 26 of the CTA, file with the Agency, by September 9, 2013, a reworded provision with respect to the phrase "at the appropriate time and place", found in Tariff Rule 89(Part 1)(E)(1)(a), that takes into account the Agency's finding on clarity set out in this Decision; and,
- pursuant to paragraph 113(b) of the ATR (Air Transportation Regulations), compensate Dr. Azar, by August 12, 2013, in the amount of CAD\$99.59 for damages incurred as a result of her delayed baggage.

Appendix A

Tariff Rules in effect at the time of Dr. Azar's travel

RULE 60 –RESERVATIONS

[...]

(D)CHECK-IN TIME LIMITS

(1) The passenger is recommended to present himself/herself for check-in at locations designated for such purposes at least 120 minutes prior to scheduled departure time of the flight on which he/she holds a reservation in order to permit completion of government formalities and departure procedures. Passengers must check-in, with his/her baggage, at least 60 minutes prior to scheduled departure time.

EXCEPTIONS	Minutes Before Departure
China	150 min (recommended check in)
Venezuela	120 min must check-in 180 min (recommended check in)
France	150 min (recommended check in)
Israel	180 min (recommended check in)
Grand Cayman	180 min (recommended check in)
London Heathrow	180 min (recommended check in)

(2) Check-in times passenger must check in via self-service device, or through an AC agent within the aforementioned check-in times. Passengers checking baggage are also subject to the above check-in times.

(3) The passenger must be available for boarding at the boarding gate at least 55 minutes prior to scheduled departure time of the flight on which he/she holds a reservation.

EXCEPTIONS:

- Caracas 30 minutes
- Grand Cayman 45 minutes
- Tel Aviv 60 minutes

(4) If passenger fails to meet any of these requirements, the carrier will reassign any pre-reserved seat and/or cancel the reservation of such passenger(s) who arrives too late for such formalities to be completed before scheduled departure time. Carrier is not liable to the passenger for loss or expense due to passenger(s) failure to comply with this provision.

NOTE: For the purpose of this rule, check-in is the point for checking baggage and the boarding gate is the point where the boarding pass stub is lifted and retained by the carrier.

RULE 80 –REVISED ROUTINGS, FAILURE TO CARRY AND MISSED CONNECTIONS

[...]

(D)MISSED CONNECTIONS

In the event a passenger misses an onward connecting flight on which space has been reserved because the delivering carrier did not operate its flight according to schedule or changed the schedule of such flight, the delivering carrier will arrange for the carriage of the passenger or make involuntary refund in accordance with Rule 90.

RULE 89 – DENIED BOARDING COMPENSATION

PART 1

[...]

(E)COMPENSATION

In addition to providing transportation in accordance with (D), a passenger who has been denied boarding involuntarily will be compensated by AC as follows:

(1)Conditions for Payment

(a) The passenger must present himself for carriage at the appropriate time and place:

(i) having complied fully with AC applicable reservation, ticketing, check-in and reconfirmation procedures; and,

(ii) being acceptable for transportation in accordance with AC published tariffs.

[...]

(2)Amount of Compensation

Subject to the provisions of (E)(1)(a) AC will tender liquidated damages in the amounts in cash or a credit voucher good for travel on AC as follows: Caribbean/Bermuda to Canada, compensation by cash is equal to the value of coupons remaining to an online or interline destination, or next stopover points, maximum is CAD 200.00. Compensation by MCO (credit voucher), is equal to twice the value of coupons remaining to an online or interline destination or next stopover point, minimum is CAD 100.00, maximum is CAD 500.00.

From Venezuela, compensation to passengers must equal 25% of the value of the ticket to be paid by cash, by electronic bank transfer, cheque, or in accordance with an agreement signed with the passenger, with travel vouchers or other services.

	Draft	MCO (credit voucher)
Canada to Mexico/Mexico to Canada	CAD 100.00	CAD 200.00
Canada to all other destinations	CAD 200.00	CAD 500.00
Asia to Canada (excluding Japan and Korea)	CAD 300.00	CAD 600.00
Japan to Canada (compensation offered in cash only)	JPY 30,000 (paid by bank transfer)	not applicable

Seoul to Canada - Y class (compensation in cash only)	USD 400.00	not applicable
Seoul to Canada - J class (compensation in cash only)	USD 600.00	not applicable
South America/South Pacific to Canada	CAD 200.00	CAD 500.00
exceptions		
From Sao Paulo to Toronto	USD 750.00	USD 1500.00

(3) Time of Offer of Compensation

(a) Compensation will be offered to, and if accepted, receipted by the passenger on the day and at the place where the denied boarding occurs.

(b) In the event the alternate transportation departs before the offer can be made, it shall be made by mail or other means within 24 hours after the time the failure to accommodate has occurred.

[...]

Tariff Rules that were revised since Dr. Azar's travel

RULE 60 –RESERVATIONS

[...]

(D) CHECK-IN TIME LIMITS

1. The passenger is recommended to present himself/herself for check-in at locations designated for such purposes at least 120 minutes (Exception for Caracas and Tel-Aviv: 180 minutes) prior to scheduled departure time of the flight on which he/she holds a reservation in order to permit completion of government formalities and departure procedures. Passengers must check-in, with his/her baggage, at least 60 minutes (Exception for Caracas: 90 minutes and Tel-Aviv: 75 minutes) prior to scheduled departure time.
2. Check-in times passenger must check in via self-service device, or through an AC agent within the aforementioned check-in times. Passengers checking baggage are also subject to the above check-in times.
3. The passenger must be available for boarding at the boarding gate at least 30 minutes (Exception for Tel-Aviv: 60 minutes) prior to scheduled departure time of the flight on which he/she holds a reservation.
4. If passenger fails to meet any of these requirements, the carrier will reassign any pre-reserved seat and/or cancel the reservation of such passenger(s) who arrives too late for such formalities to be completed before scheduled departure time. Carrier is not liable to the passenger for loss or expense due to passenger(s) failure to comply with this provision.

NOTE: For the purpose of this rule, check-in is the point for checking baggage and the boarding gate is the point where the boarding pass stub is lifted and retained by the carrier.

RULE 89 – DENIED BOARDING COMPENSATION

PART 1

[...]

(E)COMPENSATION

In addition to providing transportation in accordance with (D), a passenger who has been denied boarding involuntarily will be compensated by AC as follows:

(1)Conditions for Payment

(a) The passenger must present himself for carriage at the appropriate time and place in accordance with this tariff:

having complied fully with AC applicable reservation, ticketing, check-in and boarding [...]

[...]

(2)Amount of Compensation

Subject to the provisions of (E)(1)(a) AC will tender liquidated damages in the amounts in cash or a credit voucher good for travel on AC as follows: Caribbean/Bermuda to Canada, compensation by cash is equal to the value of coupons remaining to an online or interline destination, or next stopover points, maximum is CAD 200.00. Compensation by MCO (credit voucher), is equal to twice the value of coupons remaining to an online or interline destination or next stopover point, minimum is CAD 100.00, maximum is CAD 500.00.

From Venezuela, compensation to passengers must equal 25% of the value of the ticket to be paid by cash, by electronic bank transfer, cheque, or in accordance with an agreement signed with the passenger, with travel vouchers or other services.

	Draft	MCO (credit voucher)
Canada to Mexico/Mexico to Canada	CAD 100.00	CAD 200.00
Canada to all other destinations	CAD 200.00	CAD 500.00
Asia to Canada (excluding Japan and Korea)	CAD 300.00	CAD 600.00
Japan to Canada (compensation offered in cash only)	JPY 30,000 (paid by bank transfer)	not applicable
Seoul to Canada - Y class (compensation in cash only)	USD 400.00	not applicable
Seoul to Canada- J class (compensation in cash only)	USD 600.00	not applicable
South America/South Pacific to Canada	CAD 200.00	CAD 500.00
exceptions		
From Sao Paulo to Toronto	USD 750.00	USD 1500.00

(3) Time of Offer of Compensation

(a) Compensation will be offered to, and if accepted, received by the passenger on the day and at the place where the denied boarding occurs.

(b) In the event the alternate transportation departs before the offer can be made, it shall be made by mail or other means within 24 hours after the time the failure to accommodate has occurred.

[...]

Appendix B

Canada Transportation Act, S.C., 1996, c. 10, as amended

Section 5

5. It is declared that a competitive, economic and efficient national transportation system that meets the highest practicable safety and security standards and contributes to a sustainable environment and makes the best use of all modes of transportation at the lowest total cost is essential to serve the needs of its users, advance the well-being of Canadians and enable competitiveness and economic growth in both urban and rural areas throughout Canada. Those objectives are most likely to be achieved when

- a. competition and market forces, both within and among the various modes of transportation, are the prime agents in providing viable and effective transportation services;
- b. regulation and strategic public intervention are used to achieve economic, safety, security, environmental or social outcomes that cannot be achieved satisfactorily by competition and market forces and do not unduly favour, or reduce the inherent advantages of, any particular mode of transportation;
- c. rates and conditions do not constitute an undue obstacle to the movement of traffic within Canada or to the export of goods from Canada;
- d. the transportation system is accessible without undue obstacle to the mobility of persons, including persons with disabilities; and
- e. governments and the private sector work together for an integrated transportation system.

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, as amended

Subsection 110(4)

Where a tariff is filed containing the date of publication and the effective date and is consistent with these Regulations and any orders of the Agency, the tolls and terms and conditions of carriage in the tariff shall, unless they are rejected, disallowed or suspended by the Agency or unless they are replaced by a new tariff, take effect on the date stated in the tariff, and the air carrier shall on and after that date charge the tolls and apply the terms and conditions of carriage specified in the tariff.

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air – Montreal Convention

Article 19 – Delay

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

Article 22 – Limits of liability in relation to delay, baggage and cargo

[...]

6. The limits prescribed in Article 21 and in this Article shall not prevent the court from awarding, in accordance with its own law, in addition, the whole or part of the court costs and of the other expenses of the litigation incurred by the plaintiff, including interest. The foregoing provision shall not apply if the amount of the damages awarded, excluding court costs and other expenses of the litigation, does not exceed the sum which the carrier has offered in writing to the plaintiff within a period of six months from the date of the occurrence causing the damage, or before the commencement of the action, if that is later.

Article 36 – Successive carriage

[...]

3. As regards baggage or cargo, the passenger or consignor will have a right of action against the first carrier, and the passenger or consignee who is entitled to delivery will have a right of action against the last carrier, and further, each may take action against the carrier which performed the carriage during which the destruction, loss, damage or delay took place. These carriers will be jointly and severally

Member(s)

Geoffrey C. Hare
J. Mark MacKeigan

[Back to rulings](#)

[Share this page](#)

Date modified:
2013-07-10

TAB 3

The Canadian Council of Churches *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen and The Minister of Employment and Immigration *Respondents*

and

The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, The Quebec Multi Ethnic Association for the Integration of Handicapped People, League for Human Rights of B'Nai Brith Canada, Women's Legal Education and Action (LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC) *Interveners*

INDEXED AS: CANADIAN COUNCIL OF CHURCHES v. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

File No.: 21946.

1991: October 11; 1992: January 23.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Standing — Public interest group — Immigration Act amendments making provisions with respect to determination of refugee status more stringent — Public interest group active in work amongst refugees and immigrants — Action commenced to challenge constitutionality of Act under the Charter — Whether standing should be granted to challenge provisions — Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

The Canadian Council of Churches is a federal corporation which represents the interests of a broad group of member churches including the protection and resettlement of refugees. The Council had expressed its concerns about the refugee determination process in the proposed amendments to the *Immigration Act, 1976*

Conseil canadien des Églises *Appelant*

a c.

Sa Majesté la Reine et le ministre de l'Emploi et de l'Immigration *Intimés*

b

et

La Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés, l'Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec, la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH) *Intervenants*

e RÉPERTORIÉ: CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES c. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

N° du greffe: 21946.

f 1991: 11 octobre; 1992: 23 janvier.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Stevenson et Iacobucci.

g EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Qualité pour agir — Groupe d'intérêt public — Modifications de la Loi sur l'immigration qui rendent plus stricte la détermination du statut de réfugié — Groupe d'intérêt public actif chez les réfugiés et les immigrants — Action intentée pour contester la constitutionnalité de la Loi en vertu de la Charte — Faut-il reconnaître au groupe qualité pour agir aux fins de la contestation des dispositions? — Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Le Conseil canadien des Églises est une société à charte fédérale qui représente les intérêts d'un vaste groupe d'Églises membres, y compris la protection et le rétablissement des réfugiés. Le Conseil a fait connaître aux membres du gouvernement et aux comités parlementaires chargés de l'étude du projet de loi ses préoccupations.

(which later came into force on January 1, 1989) to members of the government and to the parliamentary committees considering the legislation. These amendments changed the procedures for determining whether applicants came within the definition of a Convention Refugee.

The Council sought a declaration that many, if not most, of the amended provisions violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*. The Attorney General of Canada brought a motion to strike out the claim on the basis that the Council did not have standing to bring the action and had not demonstrated a cause of action. The application to strike out was dismissed at trial but to a large extent was granted on appeal. Appellant appealed and respondents cross-appealed. At issue here is whether the appellant should be granted status to proceed with an action challenging, almost in its entirety, the validity of the amended *Immigration Act, 1976*.

Held: The appeal should be dismissed; the cross-appeal should be allowed.

Recognition of the need to grant public interest standing, whether because of the importance of public rights or the need to conform with the *Constitution Act, 1982*, in some circumstances does not amount to a blanket approval to grant standing to all who wish to litigate an issue. A balance must be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. The courts must not be allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by well-meaning organizations pursuing their own particular cases.

Status has been granted to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. Public interest standing, however, is not required when it can be shown on a balance of probabilities that the measure will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court, while they should be given a liberal and generous interpretation, need not and should not be expanded.

cupations relativement au processus de détermination du statut de réfugié, prévu dans les modifications proposées à la *Loi sur l'immigration de 1976* (entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989). Ces modifications portaient sur les dispositions visant à déterminer si un requérant est un réfugié au sens de la Convention.

Le Conseil a cherché à faire déclarer qu'un grand nombre sinon la plupart des dispositions modifiées contrevenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Déclaration canadienne des droits*. Le procureur général du Canada a déposé une requête en radiation de la demande au motif que le Conseil n'avait pas qualité pour intenter l'action et qu'il n'avait pas démontré une cause d'action. Cette demande a été rejetée en première instance, mais a en grande partie été accueillie en appel. L'appelant se pourvoit devant notre Cour et les intimés ont présenté un pourvoi incident. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'appelant a qualité pour agir dans une action portant, en grande partie, sur la validité des modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Le pourvoi incident est accueilli.

La reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances, que ce soit à cause de l'importance des droits publics ou de la nécessité de se conformer à la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne signifie pas que l'on reconnaît pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent intenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Il ne faut pas que les tribunaux deviennent complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire toutefois de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public, mais il faut les interpréter d'une façon libérale et souple.

Three aspects of the claim must be considered when public interest standing is sought. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or, if not, does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the Court?

Although the claim at issue made a sweeping attack on most of the many amendments to the Act, some serious issues as to the validity of the legislation were raised. Appellant had a genuine interest in this field. Each refugee claimant, however, has standing to initiate a constitutional challenge to secure his or her own rights under the *Charter* and the disadvantages faced by refugees as a group do not preclude their effective access to the court. Many refugee claimants can and have appealed administrative decisions under the statute and each case presented a clear concrete factual background upon which the decision of the court could be based. The possibility of the imposition of a 72-hour removal order against refugee claimants does not undermine their ability to challenge the legislative scheme. The Federal Court has jurisdiction to grant injunctive relief against a removal order. Given the average length of time required for an ordinary case to reach the initial "credible basis" hearing, there is more than adequate time for a claimant to prepare to litigate the possible rejection of the claim.

Cases Cited

Considered: *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Australian Conservation Foundation Incorporated v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982); *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; **referred to:** *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Toth v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 86 N.R. 302; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

On doit tenir compte de trois aspects lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

Bien que la déclaration en l'espèce attaque la plupart des nombreuses modifications apportées à la Loi, elle soulève certaines questions sérieuses quant à la validité de la loi. L'appelant avait un intérêt véritable à cet égard. Cependant, tous les demandeurs du statut de réfugié au pays ont qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que leur garantit la *Charte*, et les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe ne les empêchent pas d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. De nombreux demandeurs du statut de réfugié peuvent interjeter appel contre les décisions administratives prises en vertu de la loi et ils l'ont fait; chaque dossier renfermait un contexte factuel concret sur lequel le tribunal pouvait fonder sa décision. Le fait qu'un demandeur de statut risque d'être renvoyé dans un délai de 72 heures ne restreint pas sa possibilité de contester la loi. La Cour fédérale a compétence pour accorder une injonction relativement à une mesure de renvoi. Compte tenu du temps qui s'écoule en moyenne avant la tenue du premier palier d'audience visant à déterminer si la revendication possède «un minimum de fondement», un demandeur a plus de temps que nécessaire pour préparer une poursuite relative à l'éventuel rejet de sa revendication.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Australian Conservation Foundation Incorporated c. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *Valley Forge Christian College c. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982); *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; **arrêts mentionnés:** *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 86 N.R. 302; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Preamble, s. 7.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Immigration Act, 1976, S.C. 1976-77, c. 52, as am. by S.C. 1988, c. 35 and c. 36.

Authors Cited

Australia. Australian Law Reform Commission. Discussion Paper No. 4. *Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits*. Sydney: 1977.
 Canada. Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1990*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
 Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.
United States Constitution, Article III, s. 2(1).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 534, 36 F.T.R. 80, 68 D.L.R. (4th) 197, 106 N.R. 61, 46 C.R.R. 290, 44 Admin. L. R. 56, 10 Imm. L. R. (2d) 81, allowing an appeal from a judgment of Rouleau J., [1989] 3 F.C. 3, 27 F.T.R. 129, 41 C.R.R. 152, 38 Admin. L. R. 269, 8 Imm. L. R. (2d) 298, dismissing a motion to strike out. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Steven M. Barrett, Barb Jackman and Ethan Poskanzer, for the appellant.

Graham R. Garton, for the respondents.

Anne M. Molloy, for the interveners The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and The Quebec Multi Ethnic Association for the Integration of Handicapped People.

David Matas and Marvin Kurz, for the intervenor League for Human Rights of B'Nai Brith Canada.

Mary Eberts and Dulcie McCallum, for the interveners Women's Legal Education and Action

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, Préambule, art. 7.
Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52, mod. par S.C. 1988, ch. 35 et 36.

***b* Doctrine citée**

Australia. Australian Law Reform Commission. Discussion Paper No. 4. *Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits*. Sydney: 1977.
 Canada. Vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, pour l'exercice financier clos le 31 mars 1990*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1990.
Constitution des États-Unis, Article III, sect. 2(1).
 Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, Inc., 1988.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 534, 36 F.T.R. 80, 68 D.L.R. (4th) 197, 106 N.R. 61, 46 C.R.R. 290, 44 Admin. L. R. 56, 10 Imm. L. R. (2d) 81, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Rouleau, [1989] 3 C.F. 3, 27 F.T.R. 129, 41 C.R.R. 152, 38 Admin. L. R. 269, 8 Imm. L. R. (2d) 298, qui rejetait une requête en radiation. Pourvoi rejeté; pourvoi incident accueilli.

Steven M. Barrett, Barb Jackman et Ethan Poskanzer, pour l'appelant.

Graham R. Garton, pour les intimés.

Anne M. Molloy, pour les intervenants la Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés et l'Association multi-ethnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec.

David Matas et Marvin Kurz, pour l'intervenant la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada.

Mary Eberts et Dulcie McCallum, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques

(LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC).

The judgment of the Court was delivered by

CORY J.—At issue on this appeal is whether the Canadian Council of Churches should be granted status to proceed with an action challenging, almost in its entirety, the validity of the amended *Immigration Act, 1976* which came into effect January 1, 1989.

Factual Background

The Canadian Council of Churches (the Council), a federal corporation, represents the interests of a broad group of member churches. Through an Inter-Church Committee for Refugees it coordinates the work of the churches aimed at the protection and resettlement of refugees. The Council together with other interested organizations has created an organization known as the Concerned Delegation of Church, Legal, Medical and Humanitarian Organizations. Through this body the Council has commented on the development of refugee policy and procedures both in this country and in others.

In 1988 the Parliament of Canada passed amendments to the *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52, by S.C. 1988, c. 35 and c. 36. The amended act came into force on January 1, 1989. It completely changed the procedures for determining whether applicants come within the definition of a Convention Refugee. While the amendments were still under consideration the Council expressed its concerns about the proposed new refugee determination process to members of the government and to the parliamentary committees which considered the legislation. On the first business day after the amended act came into force, the Council commenced this action, seeking a declaration that many if not most of the amended provisions violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III. The Attorney General of Canada brought a motion to strike out the claim on the basis that the Council did not have standing to

pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH).

Version française du jugement de la Cour rendu

^a par

LE JUGE CORY—Le présent pourvoi vise à déterminer si le Conseil canadien des Églises a qualité pour agir dans une action portant, presque dans sa totalité, sur la validité des modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1989.

^c Les faits

Le Conseil canadien des Églises (le Conseil), société à charte fédérale, représente les intérêts d'un vaste groupe d'Églises membres. Par l'intermédiaire du Comité inter-Églises pour les réfugiés, il coordonne le travail des Églises en ce qui a trait à la protection et au rétablissement des réfugiés. Le Conseil et d'autres organismes intéressés ont constitué une organisation appelée Concerned Delegation of Church, Legal, Medical and Humanitarian Organizations. Par l'intermédiaire de cet organisme, le Conseil a fait des commentaires sur l'élaboration des politiques et des procédures applicables aux réfugiés, tant au Canada qu'à l'étranger.

En 1988, le Parlement du Canada a adopté des modifications à la *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52, par S.C. 1988, ch. 35 et 36. La loi modifiée est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1989. Elle a modifié en profondeur les dispositions visant à déterminer si un requérant est un réfugié au sens de la Convention. Pendant que les modifications étaient encore à l'étude, le Conseil a fait connaître aux membres du gouvernement et aux comités parlementaires chargés de l'étude des modifications ses préoccupations relativement au nouveau processus de détermination du statut de réfugié. Le Conseil a intenté la présente action le premier jour ouvrable après l'entrée en vigueur de la loi modifiée et a cherché à faire déclarer qu'un grand nombre sinon la plupart des dispositions modifiées contenaient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et à la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III. Le procureur général du Canada a déposé une requête en

bring the action and had not demonstrated a cause of action.

Proceedings in the Courts Below

Federal Court, Trial Division, Rouleau J., [1989] 3 F.C. 3

Rouleau J. dismissed the application. His judgment reflects his concern that there might be no other reasonable, effective or practical manner to bring the constitutional question before the Court. He was particularly disturbed that refugee claimants might be faced with a 72-hour removal order. In his view, such an order would not leave sufficient time for an applicant to attempt either to stay the proceedings or to obtain an injunction restraining the implementation removal order.

Federal Court of Appeal, [1990] 2 F.C. 534

MacGuigan J.A. speaking for a unanimous Court allowed the appeal and set aside all but four aspects of the statement of claim.

In his view the real issue was whether or not there was another reasonably effective or practical manner in which the issue could be brought before the Court. He thought there was. He observed that the statute was regulatory in nature and individuals subject to its scheme had, by means of judicial review, already challenged the same provisions impugned by the Council. Thus there was a reasonable and effective alternative manner in which the issue could properly be brought before the Court.

He went on to consider in detail the allegations contained in the statement of the claim. He concluded that some were purely hypothetical, had no merit and failed to disclose any reasonable cause of action. He rejected other claims on the grounds that they did not raise a constitutional challenge and others on the basis that they raised issues that had already been resolved by recent decisions of the Federal Court of Appeal.

radiation de la demande au motif que le Conseil n'avait pas qualité pour intenter l'action et qu'il n'avait pas démontré qu'il y avait une cause d'action.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Section de première instance de la Cour fédérale, le juge Rouleau, [1989] 3 C.F. 3

Le juge Rouleau a rejeté la requête. Sa décision indique qu'il s'est préoccupé du fait qu'il pourrait bien n'exister aucune autre manière raisonnable, efficace ou pratique de soumettre la question constitutionnelle à la cour. Il s'est dit particulièrement troublé par le fait que les demandeurs du statut de réfugié sont susceptibles d'être renvoyés dans les 72 heures. À son avis, un demandeur n'aurait pas suffisamment de temps pour tenter d'obtenir un arrêt des procédures ou une injonction qui empêcherait l'exécution de la mesure de renvoi.

La Cour d'appel fédérale, [1990] 2 C.F. 534

Le juge MacGuigan, s'exprimant au nom de la cour à l'unanimité, a fait droit à l'appel, excepté quant à quatre allégations contenues dans la déclaration.

À son avis, la véritable question est de savoir s'il existe une autre manière raisonnablement efficace ou pratique de soumettre la question à la cour. À son avis, la réponse est affirmative. Il fait remarquer qu'il s'agit d'une loi de nature réglementaire et que des personnes qu'elle vise ont déjà, au moyen de l'examen judiciaire, contesté les dispositions attaquées par le Conseil. Il existe donc à son avis une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Il examine ensuite en détail les allégations contenues dans la déclaration. Il conclut que certaines d'entre elles sont purement hypothétiques, sont dénuées de fondement et ne soulèvent aucune cause raisonnable d'action. Il en rejette d'autres au motif qu'elles ne procèdent pas d'une atteinte à la Constitution et d'autres au motif qu'elles soulèvent des questions déjà tranchées par la Cour d'appel fédérale dans des décisions récentes.

He granted the Council standing on the following matters raised on the statement of claim.

1. The claim in paragraph 3(c) of the statement of claim which alleges that the requirement that detainees obtain counsel within 24 hours from the making of a removal order violates s. 7 of the *Charter* (at p. 558);

2. The claim in paragraph 6(a) which alleges that provisions temporarily excluding claimants from having claims considered violate s. 7 of the *Charter* (at p. 554);

3. The claim in paragraph 10(a) which alleges that provisions allowing the removal of a claimant within 72 hours leave too short a time to consult counsel and violate s. 7 of the *Charter* (at p. 561);

4. The claim in paragraph 14(c) which alleges that the provisions permitting the removal of a claimant with a right to appeal within 24 hours if a notice of appeal is not filed in that time violate the Constitution (at p. 562).

The appellant seeks to have the order of the Federal Court of Appeal set aside. The respondents has cross-appealed to have the remaining positions of the statement of claim struck out.

Issues

The principal question to be resolved is whether the Federal Court of Appeal erred in holding that the Canadian Council of Churches should be denied standing to challenge many of the provisions of the *Immigration Act, 1976*.

The secondary issue is whether the Federal Court of Appeal erred in holding that certain allegations in the statement of claim failed to disclose a cause of action and others were hypothetical or premature.

Le juge MacGuigan statue que le Conseil a qualité pour agir relativement aux allégations suivantes de la déclaration:

1. L'allégation formulée à l'alinéa 3c) de la déclaration, selon laquelle il serait contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'exiger d'une personne sous garde qu'elle obtienne les services d'un avocat dans les 24 heures suivant la prise d'une mesure de renvoi (à la p. 558);

2. L'allégation formulée à l'alinéa 6a), selon laquelle certaines dispositions excluant temporairement certains demandeurs du processus de détermination des revendications contreviendraient à l'art. 7 de la *Charte* (à la p. 559);

3. L'allégation formulée à l'alinéa 10a), selon laquelle les dispositions concernant le renvoi d'un demandeur dans un délai de 72 heures ne laissent pas suffisamment de temps au demandeur pour consulter un avocat et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte* (à la p. 561);

4. L'allégation formulée à l'alinéa 14c), selon laquelle les dispositions autorisant le renvoi d'un demandeur 24 heures après qu'il a été avisé de son droit d'appel, si l'avis d'appel n'a pas été déposé dans ce délai de 24 heures, iraient à l'encontre de la Constitution (à la p. 562).

L'appelant tente de faire annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale. Les intimés intentent un pourvoi incident en vue de faire rejeter les autres dispositions de la déclaration.

Les questions en litige

La question principale est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que le Conseil canadien des Églises n'avait pas qualité pour contester un grand nombre des dispositions de la *Loi sur l'immigration de 1976*.

La question accessoire est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en statuant que certaines des allégations de la déclaration ne révélaient pas de cause d'action et que d'autres étaient hypothétiques ou prématurées.

The Approaches Taken in Other Common Law Jurisdictions to Granting Parties' Status to Bring Action

It may be illuminating to consider by way of comparison the position taken in other common law jurisdictions on this issue of standing. The highest Courts of the United Kingdom, Australia and the United States have struggled with the problem. They have all recognized the need to balance the access of public interest groups to the Courts against the need to conserve scarce judicial resources. It will be seen that each of these jurisdictions has taken a more restrictive approach to granting status to parties than have the courts in Canada.

The United Kingdom

Traditionally only the Attorney General of the United Kingdom had standing to litigate matters for the protection of public rights. The Attorney General was not a member of cabinet and as a result had a greater appearance of independence from the political branch of government than holders of the same office in other jurisdictions. As well, it must be remembered that in the United Kingdom, Parliament is supreme. Thus there is no prospect of the courts' finding that the government has acted unconstitutionally as there is in Canada and the United States.

The English courts have developed three exceptions to the rule that only the Attorney General can represent the interests of the public. First an individual may have standing to litigate a question of public right if the impugned activity simultaneously affects the individual's private rights. Second, an individual may bring an action claiming a violation of a public right if that individual suffered special damage as a result of the impugned activity. Thirdly, a local authority may bring an action where it considers it necessary to protect or promote the interests of the citizens within its borders.

These exceptions were affirmed in *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435, at

Les méthodes adoptées dans les autres pays de common law relativement à la reconnaissance de l'intérêt requis pour intenter une action

Il peut être intéressant de comparer la position adoptée par d'autres pays de common law relativement à la question de la qualité pour agir. Les tribunaux de la plus haute instance au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis se sont trouvés aux prises avec ce problème. Ils ont tous reconnu la nécessité de soupeser l'accès des groupes d'intérêt public aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. On se rendra compte que chacun de ces pays a adopté une attitude plus restrictive que les tribunaux canadiens relativement à la reconnaissance de l'intérêt pour agir.

a Le Royaume-Uni

Traditionnellement, seul le procureur général du Royaume-Uni avait qualité pour agir dans les poursuites visant la protection des droits publics. Le procureur général ne faisait pas partie du Cabinet et avait donc une plus grande apparence d'indépendance du pouvoir politique que les titulaires de fonctions similaires dans d'autres pays. On doit aussi se rappeler que le Royaume-Uni reconnaît la suprématie du Parlement. En conséquence, les tribunaux ne peuvent statuer que le gouvernement a agi d'une façon inconstitutionnelle comme ce peut être le cas au Canada et aux États-Unis.

Les tribunaux anglais ont élaboré trois exceptions à la règle selon laquelle seul le procureur général peut représenter les intérêts du public. Premièrement, un particulier peut avoir qualité pour agir dans une poursuite concernant un droit public si l'activité attaquée lèse en même temps ses droits privés. Deuxièmement, un particulier peut intenter une action alléguant la violation d'un droit public s'il a subi un dommage spécial en raison de l'activité attaquée. Troisièmement, une autorité locale peut intenter une action dans les cas où elle l'estime nécessaire pour protéger ou favoriser les intérêts des citoyens à l'intérieur de ses limites.

Ces exceptions ont été confirmées dans l'arrêt *Gouriet c. Union of Post Office Workers*, [1978]

p. 506. In that case the plaintiff sought standing to obtain an injunction against a postal union. It was argued that the union's announced plan that it would not process any mail for South Africa for a period of one week would violate the criminal law. The Attorney General refused to bring an action against the union. Yet, the House of Lords refused to grant standing to Gouriet. It held that he could only litigate the issue in a relator action brought by the Attorney General.

There are now various statutes in the United Kingdom which provide that a Court may in certain circumstances grant an applicant leave to bring an action. Recent cases have turned upon the wording of the particular statutory provisions and as a result they are of limited assistance in consideration of the issue in Canada.

Australia

The Australian Law Reform Commission published a paper on the question of public interest standing in 1977, (*Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits* (No. 4, 1977)). The report reviewed circumstances which had resulted in demand for increased access to the Courts in common law jurisdictions. It identified the first as the introduction of legal aid which permitted socially-disadvantaged citizens to assert their private legal rights. The second was the provision of legal representation for "diffuse" interest groups in areas such as consumer and environmental protection. It noted that these organizations often raise issues that are not connected with the private rights or interests in property which would provide the traditional common law basis for standing. The Commission put forward three alternative solutions to the question of when standing should be granted. They were as follows:

A.C. 435, à la p. 506. Dans cet arrêt, le demandeur voulait qu'on lui reconnaisse qualité pour demander une injonction contre un syndicat des postes. Il soutenait que le plan annoncé par le syndicat de ne pas traiter pendant une semaine de courrier à destination de l'Afrique du sud contrevenait aux règles de droit pénal. Le procureur général n'a pas voulu intenter une poursuite contre le syndicat. La Chambre des lords a néanmoins refusé de reconnaître à Gouriet qualité pour agir. Elle a statué que Gouriet ne pouvait être partie au litige que dans une action intentée par le procureur général, à l'instigation d'un tiers.

Il existe maintenant diverses lois au Royaume-Uni qui prévoient qu'un tribunal peut dans certaines circonstances autoriser une personne à intenter une action. La jurisprudence récente a porté sur l'interprétation du libellé des dispositions législatives en question et présente donc peu d'utilité aux fins de l'examen de cette question au Canada.

L'Australie

La Commission de réforme du droit de l'Australie a publié en 1977 un document sur la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public (*Access to the Courts—I: Standing: Public Interest Suits* (No. 4, 1977)). Ce rapport examinait les circonstances ayant donné lieu à une demande accrue d'accès aux tribunaux dans les ressorts de common law. Selon ce rapport, la première a été l'établissement des régimes d'assistance juridique qui ont permis aux citoyens socialement désavantagés de faire valoir leurs droits juridiques privés. La deuxième a été la prestation de services de représentation par avocat aux groupes d'intérêt «diffus» dans des domaines comme la protection des consommateurs et de l'environnement. Le rapport indiquait que ces organismes soulèvent souvent des questions qui ne se rattachent pas aux droits ou aux intérêts fonciers des particuliers, qui constituent le fondement traditionnel de la common law quant à la qualité pour agir. La Commission a présenté trois solutions de rechange quant à la reconnaissance de la qualité pour agir:

(1) Open Door Policy. This would allow any person to take any proceedings in the public law area and reliance would be placed on the discipline of costs to limit the number of these cases.

(2) United States Method. The so called United States method would enable the Courts to screen the proposed plaintiffs as a part of the determination of the particular case.

(3) Preliminary Screening. This method would institute a preliminary screening procedure which would be undertaken by the Court before the substantive issue was considered.

The Commission recommended the open-ended approach. The report did not discuss the relative merits of introducing reforms by means of legislation or through the evolution of the common law. Nor did it address concerns as to what should be the role of the courts, a matter which is crucial to the American approach to the question.

Subsequent to the publication of the Law Reform Report the High Court of Australia considered the problem in *Australian Conservation Foundation Incorporated v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257 (H.C.). The Foundation was an environmental group very active in Australia. It challenged a decision made by the Government of Australia to establish a resort area. The challenge was based upon environmental legislation which, the majority of the High Court concluded, did not create any private rights. It determined the only duty the legislation imposed was a public one cast upon the Minister, which was not owed to any one individual. The application of the Conservation Foundation for status as a party was therefore rejected.

Gibbs J. put the position in this way at p. 270:

A belief, however strongly felt, that the law generally, or a particular law, should be observed, or that conduct of a particular kind should be prevented, does not suffice to give its possessor *locus standi*. If that were not

(1) La politique de la porte ouverte. Cette politique permettrait à qui que ce soit d'intenter une poursuite dans le domaine du droit public, mais c'est au moyen des coûts que l'on réussirait à restreindre le nombre de poursuites.

(2) La méthode américaine. La méthode dite américaine permettrait aux tribunaux de filtrer les demandeurs dans le cadre de la détermination d'une affaire particulière.

(3) L'examen préliminaire. Cette méthode établirait une procédure d'examen préliminaire par le tribunal qui aurait lieu avant celui de la question de fond.

La Commission a recommandé la politique de la porte ouverte. Elle n'a pas analysé le bien-fondé relatif de mesures de réforme introduites par voie législative ou suivant l'évolution de la common law. Elle n'a pas non plus examiné quel devrait être le rôle des tribunaux, question essentielle dans le cadre de la méthode américaine.

À la suite de la publication du rapport de la Commission de réforme du droit, la Haute Cour de l'Australie a analysé le problème dans l'arrêt *Australian Conservation Foundation Incorporated c. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257 (H.C.). La Foundation était un groupe environnemental fort actif en Australie. Elle contestait une décision prise par le gouvernement de l'Australie relativement à l'établissement d'une zone touristique. Cette contestation était fondée sur une loi environnementale qui, comme l'a conclu la Haute Cour à la majorité, ne créait aucun droit privé. La Haute Cour a statué que la seule obligation prescrite par la loi était une obligation publique imposée au ministre et dont il n'avait pas à s'acquitter envers les particuliers. La cour a donc rejeté la demande de la Conservation Foundation qui voulait qu'on lui reconnaisse qualité pour agir dans cette affaire.

Le juge Gibbs présente ainsi son point de vue, à la p. 270:

[TRADUCTION] La croyance, si forte soit-elle, que la loi en général, ou une loi particulière, doit être respectée, ou qu'il y a lieu d'empêcher une conduite particulière, ne suffit pas pour conférer à son auteur qualité pour agir. Si

so, the rule requiring special interest would be meaningless. Any plaintiff who felt strongly enough to bring an action could maintain it.

He specifically rejected the Foundation's claim that it had a special interest either as a result of its communication with the Government on the issue or because its membership had chosen to specify environmental protection as one of its objects.

In concurring reasons Mason J. observed that the Canadian approach as expressed in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, was directly contradicted in Australia by cases holding that the taxpayer has no standing to challenge the validity of a statute which authorizes the appropriation or expenditure of funds in a suit for declaratory relief.

Thus, despite the report and recommendation of the Australian Law Reform Commission, the position taken in that country on the issue of granting status is far more restrictive than it is in Canada.

The United States of America

Article III of the Constitution of the United States is the source of the authority of Federal Courts which extends to all "cases and controversies". This provision provides:

Section 2, Clause 1. Subjects of jurisdiction. The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States and Treaties made, or which shall be made, under their Authority,—to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls,—to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction;—to Controversies to which the United States shall be a Party;—to Controversies between two or more States;—between a State and Citizens of another State;—between Citizens of different States, —between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and

tel n'était pas le cas, la règle exigeant un intérêt spécial n'aurait aucune signification. Tout demandeur assez fermement convaincu pour intenter une action pourrait le faire.

^a Le juge Gibbs a spécifiquement refusé de reconnaître un intérêt spécial à la Foundation, que ce soit parce qu'elle aurait eu des communications avec le gouvernement sur la question ou parce que ses membres avaient choisi expressément la protection de l'environnement comme l'un de ses objets.

^c Dans des motifs concordants, le juge Mason a fait remarquer que la démarche canadienne exprimée dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, a été directement contredite par les tribunaux australiens qui ont statué que le contribuable n'avait pas qualité pour contester, dans le cadre d'une demande de jugement déclaratoire, la validité d'une loi autorisant l'affectation ou la dépense de fonds.

^e En conséquence, malgré le rapport et la recommandation de la Commission de réforme du droit de l'Australie, la position australienne a été beaucoup plus restrictive qu'au Canada pour ce qui est de la reconnaissance de la qualité pour agir.

Les États-Unis d'Amérique

^g L'article III de la Constitution des États-Unis est le fondement du pouvoir dévolu aux tribunaux fédéraux, lequel s'étend à l'ensemble des «causes et des différends». Il prévoit, entre autres:

[TRADUCTION*] SECTION 2.—(1) Le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les causes, en droit (*Law*) et en équité (*Equity*), survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus, sous leur autorité; à toutes les causes concernant les ambassadeurs, les autres ministres et les consuls; à toutes les causes d'amirauté et de juridiction maritime; aux différends dans lesquels les États-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs États; [entre un État et les citoyens d'un autre État]; entre citoyens de différents États; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de conces-

* Traduit par S. Rials, *Textes constitutionnels étrangers* (1982), à la p. 33.

between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects.

The United States Supreme Court has interpreted this provision as restricting access to the courts to litigants who have suffered a personal injury which they wish to redress. The leading decision on the question is *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). In that case, a group of citizens challenged the Federal Government's decision to give property to a Christian educational institution without charge. It was the group's contention that the gift of state property violated the Constitution. It claimed standing on the basis that each of their members was an individual taxpayer and that the gift constituted an improper use of their taxes. Rehnquist J. gave the reasons for the majority denying standing to the group. He interpreted Article III as demanding the fulfilment of three conditions. In order to secure standing a plaintiff must show:

- (1) "he has personally suffered some actual or threatened injury" as a result of the impugned act,
- (2) that the injury "fairly can be traced to the challenged action" and
- (3) that the injury is "likely to be redressed by a favorable decision".

To these constitutional requirements for standing, Rehnquist J. added "prudential principles". He determined that a court may exercise its discretion to deny standing even if all the above conditions were met if the plaintiff presents "abstract questions of wide public significance", rests its claim on the rights of third parties, or does not present a claim falling within the "zone of interests" protected by the law in question.

sions d'autres États; [entre un État ou ses citoyens et des États, citoyens ou sujets étrangers].

Selon l'interprétation donnée à cette disposition par la Cour suprême des États-Unis, l'accès aux tribunaux est restreint aux parties qui ont subi un préjudice personnel relativement auquel elles désirent obtenir réparation. L'arrêt de principe sur la question est *Valley Forge Christian College c. Americans United for Separation of Church and State, Inc.*, 454 U.S. 464 (1982). Dans cette affaire, un groupe de citoyens contestaient la décision du gouvernement fédéral de donner une propriété, à titre gratuit, à un établissement d'enseignement chrétien. Le groupe soutenait qu'il était contraire à la Constitution de donner des biens de l'État. Il prétendait avoir qualité pour agir au motif que chacun de ses membres était un contribuable et que cette donation constituait un usage abusif de leurs impôts. Le juge Rehnquist, s'exprimant au nom de la majorité, a refusé de reconnaître au groupe qualité pour agir. Selon son interprétation, l'application de l'Article III doit respecter trois conditions. Pour se faire reconnaître qualité pour agir, le demandeur doit établir trois choses:

- (1) [TRADUCTION] «il a personnellement subi ou risqué de subir un préjudice» en raison de l'action contestée;
- (2) le préjudice [TRADUCTION] «peut en toute équité être attribué à l'action contestée»;
- (3) le préjudice [TRADUCTION] «sera vraisemblablement réparé par une décision favorable».

Outre ces exigences constitutionnelles relatives à la qualité pour agir, le juge Rehnquist a mentionné l'existence de «principes de prudence». Il a statué qu'un tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser de reconnaître la qualité pour agir même si toutes les conditions qui précèdent sont respectées, lorsque le demandeur soulève [TRADUCTION] «des questions abstraites d'une grande importance pour le public», fait reposer sa demande sur les droits de tierces parties ou ne présente pas une demande qui entre dans le [TRADUCTION] «champ des intérêts» protégés par le texte législatif en question.

He observed that, "This Court repeatedly has rejected claims of standing predicated "on the right, possessed by every citizen, to require that the Government be administered according to law' . . ." He expressed his concern that the Federal Court should not overstep its traditional role by entering into conflict with the legislative branch over claims asserted by individuals who have not suffered a "cognizable injury".

Tribe has referred to the position taken by the Supreme Court of the United States as "one of the most criticized aspects of constitutional law". (See *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 110.) However, he carefully noted that the court's position was a legitimate approach to standing based upon a coherent view of the role of the courts. He observed that a narrow rule of standing enhanced the view that the Federal Court should determine issues between private parties and not take on a role "as the branch of government best able to develop a coherent interpretation of the Constitution . . ." He noted that the courts' resistance to hearing cases brought by those without a personal interest in the impugned activity of the state is founded on a policy of deference to the legislature. He observed that the Congress may, if it wishes, pass legislation which allows for more generous standing than that which the court has discretion to award since Article III limits the court's discretion on standing but not that of the legislature.

Once again it will be seen that the principles enunciated by the United States Supreme Court on standing are more restrictive than those that are applicable in Canada.

The Question of Standing in Canada

Courts in Canada like those in other common law jurisdictions traditionally dealt with individu-

Il a fait remarquer que [TRADUCTION] «la Cour a maintes fois refusé de reconnaître la qualité pour agir «à une personne dont la demande reposait sur le droit de tout citoyen d'exiger que le gouvernement soit administré conformément à la loi» . . .» Il a ensuite indiqué que la Cour fédérale ne devrait pas outrepasser son rôle traditionnel en entrant en conflit avec le pouvoir législatif relativement à des demandes émanant de particuliers qui n'ont pas subi un [TRADUCTION] «préjudice réglable par les voies de justice».

Tribe a dit que la position adoptée par la Cour suprême des États-Unis constitue [TRADUCTION] «l'un des aspects les plus critiqués du droit constitutionnel». (Voir *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 110.) Toutefois, il a pris soin de noter que la position adoptée par la cour constituait une méthode légitime d'aborder la question de la qualité pour agir, qui se fondait sur une analyse cohérente du rôle des tribunaux. Il a fait remarquer qu'une interprétation restrictive de la qualité pour agir renforçait la position que la Federal Court devrait trancher des litiges opposant des particuliers et ne pas assumer un rôle [TRADUCTION] «à titre de branche gouvernementale la mieux en mesure de formuler une interprétation cohérente de la Constitution . . .» Selon M. Tribe, c'est par respect pour la législature que les tribunaux s'opposent à instruire des actions intentées par des personnes n'ayant pas un intérêt personnel dans l'activité contestée de l'État. Il a ajouté que le Congrès peut, s'il le désire, adopter un texte législatif qui permettra d'interpréter la question de la qualité pour agir d'une façon plus libérale que ne le peut un tribunal dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, puisque l'Article III restreint le pouvoir discrétionnaire du tribunal quant à la qualité pour agir, mais pas celui de la législature.

On constate encore une fois que les principes formulés par la Cour suprême des États-Unis relativement à la qualité pour agir sont plus limitatifs que ceux qui sont applicables au Canada.

La question de la qualité pour agir au Canada

À l'instar des autres ressorts de common law, les tribunaux canadiens ont traditionnellement

als. For example, courts determine whether an individual is guilty of a crime; they determine rights as between individuals; they determine the rights of individuals in their relationships with the state in all its various manifestations. One great advantage of operating in the traditional mode is that the courts can reach their decisions based on facts that have been clearly established. It was by acting in this manner that the courts established the rule of law and provided a peaceful means of resolving disputes. Operating primarily, if not almost exclusively, in the traditional manner courts in most regions operate to capacity. Courts play an important role in our society. If they are to continue to do so care must be taken to ensure that judicial resources are not overextended. This is a factor that will always have to be placed in the balance when consideration is given to extending standing.

On the other hand there can be no doubt that the complexity of society has spawned ever more complex issues for resolution by the courts. Modern society requires regulation to survive. Transportation by motor vehicle and aircraft requires greater regulation for public safety than did travel by covered wagon. Light and power provided by nuclear energy requires greater control than did the kerosene lamp.

The state has been required to intervene in an ever more extensive manner in the affairs of its citizens. The increase of state activism has led to the growth of the concept of public rights. The validity of government intervention must be reviewed by courts. Even before the passage of the *Charter* this Court had considered and weighed the merits of broadening access to the courts against the need to conserve scarce judicial resources. It expanded the rules of standing in a trilogy of cases; *Thorson v. Attorney General of Canada*, *supra*, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575. Writing for the majority in *Borowski*, *supra*, Martland J. set forth the condi-

tranché des litiges touchant des particuliers. Par exemple, les tribunaux déterminent si une personne est coupable d'un acte criminel, ils tranchent les droits entre les particuliers et ils déterminent les droits des particuliers dans tous leurs rapports avec l'État. Un grand avantage de cette conception traditionnelle est que les tribunaux peuvent prendre leurs décisions en fonction de faits clairement établis. C'est ainsi que les tribunaux ont établi la primauté du droit et constitué un mode pacifique de règlement des différends. Oeuvrant principalement, sinon presque exclusivement de la façon traditionnelle, les tribunaux de la plupart des régions fonctionnent à pleine capacité. Les tribunaux jouent un rôle important dans notre société. Si l'on veut qu'ils continuent d'assumer ce rôle, on doit s'assurer qu'il n'y a pas surutilisation des ressources judiciaires. C'est là un facteur dont on doit toujours tenir compte quand on envisage d'étendre la qualité pour agir.

Par contre, on ne peut mettre en doute que la complexité de la société ait donné naissance à des questions encore plus complexes qui doivent être tranchées par les tribunaux. La société moderne a besoin de réglementation pour survivre. Le transport routier et aérien exige une plus grande réglementation pour la sécurité du public que ne le demandait le transport par chariot couvert. La production de lumière et d'électricité par énergie nucléaire nécessite une plus grande réglementation que l'éclairage à la lampe à pétrole.

L'État a dû intervenir d'une façon encore plus étendue dans la vie de ses citoyens. L'activisme accru de l'État a donné lieu à un élargissement du concept des droits publics. La validité de l'intervention gouvernementale doit être examinée par les tribunaux. Même avant l'adoption de la *Charte*, notre Cour avait soupesé le bien-fondé d'accroître l'accès aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. La Cour a élargi les règles de la qualité pour agir dans une trilogie d'arrêts: *Thorson c. Procureur général du Canada*, précité, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. S'exprimant au nom de la majorité

tions which a plaintiff must satisfy in order to be granted standing, at p. 598:

... to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

Those then were the conditions which had to be met in 1981.

In 1982 with the passage of the *Charter* there was for the first time a restraint placed on the sovereignty of Parliament to pass legislation that fell within its jurisdiction. The *Charter* enshrines the rights and freedoms of Canadians. It is the courts which have the jurisdiction to preserve and to enforce those *Charter* rights. This is achieved, in part, by ensuring that legislation does not infringe the provisions of the *Charter*. By its terms the *Charter* indicates that a generous and liberal approach should be taken to the issue of standing. If that were not done, *Charter* rights might be unenforced and *Charter* freedoms shackled. The *Constitution Act, 1982* does not of course affect the discretion courts possess to grant standing to public litigants. What it does is entrench the fundamental right of the public to government in accordance with the law.

The rule of law is recognized in the preamble of the *Charter* which reads:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

The rule of law is thus recognized as a corner stone of our democratic form of government. It is the rule of law which guarantees the rights of citizens to protection against arbitrary and unconstitutional government action. This same right is affirmed in s. 52(1) which states:

dans *Borowski*, précité, le juge Martland a énoncé les conditions auxquelles un demandeur doit satisfaire pour se voir reconnaître qualité pour agir, à la p. 598:

... pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

C'étaient là les conditions auxquelles on devait satisfaire en 1981.

L'adoption de la *Charte* en 1982 a restreint pour la première fois la souveraineté du Parlement d'adopter des lois relevant de sa compétence. La *Charte* constitutionnalise les droits et libertés des Canadiens. Il appartient aux tribunaux de préserver et de faire respecter les droits garantis par la *Charte*. À cette fin, ils doivent notamment veiller à ce que les lois ne contreviennent pas aux dispositions de la *Charte*. Le texte même de la *Charte* indique qu'il faut interpréter d'une façon souple et libérale la question de la qualité pour agir. Sinon, on ne pourrait assurer le respect des droits garantis par la *Charte* et on entraverait l'exercice des libertés prévues par la *Charte*. Il va sans dire que la *Loi constitutionnelle de 1982* ne modifie pas le pouvoir discrétionnaire que les tribunaux ont de reconnaître qualité pour agir à des parties d'intérêt public. Elle constitutionnalise le droit fondamental du public d'être gouverné conformément aux règles de droit.

La primauté du droit est d'ailleurs reconnue dans le préambule de la *Charte*:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

La primauté du droit est donc reconnue comme la pierre angulaire de notre système démocratique. C'est la primauté du droit qui garantit au citoyen le droit d'être protégé contre toute mesure gouvernementale arbitraire et inconstitutionnelle. Ce même droit est confirmé au par. 52(1):

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Parliament and the legislatures are thus required to act within the bounds of the constitution and in accordance with the *Charter*. Courts are the final arbiters as to when that duty has been breached. As a result, courts will undoubtedly seek to ensure that their discretion is exercised so that standing is granted in those situations where it is necessary to ensure that legislation conforms to the Constitution and the *Charter*.

^a Le Parlement et les législatures sont donc tenus d'agir à l'intérieur des limites de la Constitution et en conformité avec la *Charte*. C'est aux tribunaux qu'il incombe en dernier ressort de déterminer s'il y a eu violation de cette obligation. En conséquence, ils veilleront indubitablement à exercer leur pouvoir discrétionnaire de façon à reconnaître la qualité pour agir dans les cas où ils doivent le faire pour s'assurer que la loi en question est compatible avec la Constitution et la *Charte*.

The question of standing was first reviewed in the post-*Charter* era in *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607. In that case Le Dain J. speaking for the Court, extended the scope of the trilogy and held that courts have a discretion to award public interest standing to challenge an exercise of administrative authority as well as legislation. He based this conclusion on the underlying principle of discretionary standing which he defined as a recognition of the public interest in maintaining respect for "the limits of statutory authority".

Après l'adoption de la *Charte*, c'est dans l'arrêt *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607, que la question de la qualité pour agir a été examinée pour la première fois. Dans cet arrêt, le juge Le Dain, au nom de la Cour, a élargi la portée de la trilogie et statué que les tribunaux peuvent, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public pour contester un exercice de l'autorité administrative aussi bien qu'un texte de loi. Il a fondé cette conclusion sur le principe sous-jacent à l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la qualité pour agir, qu'il définit comme une reconnaissance de l'intérêt public dans le maintien et le respect des «limites de l'autorité législative».

The standard set by this Court for public interest plaintiffs to receive standing also addresses the concern for the proper allocation of judicial resources. This is achieved by limiting the granting of status to situations in which no directly affected individual might be expected to initiate litigation. In *Finlay, supra*, it was specifically recognized that the traditional concerns about widening access to the courts are addressed by the conditions imposed for the exercise of judicial discretion to grant public interest standing set out in the trilogy. Le Dain J. put it in this way, at p. 631:

Le critère énoncé par notre Cour quant à la reconnaissance de la qualité pour agir à des parties d'intérêt public tient également compte de la question de l'affectation judiciaire des ressources judiciaires. À cette fin, le tribunal limite la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite. Dans l'arrêt *Finlay*, précité, on a spécifiquement reconnu que les préoccupations traditionnelles concernant l'élargissement de l'accès aux tribunaux trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public, exposés dans la trilogie. Le juge Le Dain s'exprime ainsi, à la p. 631:

... the concern about the allocation of scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody;

... la crainte d'une dissipation de ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête; la pré-

the concern that in the determination of issues the courts should have the benefit of the contending points of view of those most directly affected by them; and the concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. These concerns are addressed by the criteria for the exercise of the judicial discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration that were laid down in *Thorson, McNeil* and *Borowski*.

Should the Current Test for Public Interest Standing be Extended

The increasing recognition of the importance of public rights in our society confirms the need to extend the right to standing from the private law tradition which limited party status to those who possessed a private interest. In addition some extension of standing beyond the traditional parties accords with the provisions of the *Constitution Act, 1982*. However, I would stress that the recognition of the need to grant public interest standing in some circumstances does not amount to a blanket approval to grant standing to all who wish to litigate an issue. It is essential that a balance be struck between ensuring access to the courts and preserving judicial resources. It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by a well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important. It would be detrimental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants.

The whole purpose of granting status is to prevent the immunization of legislation or public acts from any challenge. The granting of public interest standing is not required when, on a balance of probabilities, it can be shown that the measure will be subject to attack by a private litigant. The principles for granting public standing set forth by this Court need not and should not be expanded. The

occupation des tribunaux, quand ils statuent sur des points litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vues et la préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement. Ces préoccupations trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour demander dans l'intérêt public un jugement déclaratoire, que les arrêts *Thorson, McNeil* et *Borowski* exposent.

Devrait-on élargir le critère actuel de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public?

La reconnaissance grandissante de l'importance des droits publics dans notre société vient confirmer la nécessité d'élargir la reconnaissance du droit à la qualité pour agir par rapport à la tradition de droit privé qui reconnaissait qualité pour agir aux personnes possédant un intérêt privé. En outre, un élargissement de la qualité pour agir au delà des parties traditionnelles est compatible avec les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Toutefois, je tiens à souligner que la reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances ne signifie pas que l'on reconnaîtra pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent intenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers.

La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contester la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité

decision whether to grant status is a discretionary one with all that that designation implies. Thus undeserving applications may be refused. Nonetheless, when exercising the discretion the applicable principles should be interpreted in a liberal and generous manner.

The Application of the Principles for Public Interest Standing to this Case

It has been seen that when public interest standing is sought, consideration must be given to three aspects. First, is there a serious issue raised as to the invalidity of legislation in question? Second, has it been established that the plaintiff is directly affected by the legislation or if not does the plaintiff have a genuine interest in its validity? Third, is there another reasonable and effective way to bring the issue before the court?

(1) *Serious Issue of Invalidity*

It was noted in *Finlay, supra*, that the issues of standing and of whether there is a reasonable cause of action are closely related and indeed tend to merge. In the case at bar the Federal Court of Appeal in its careful reasons turned its attention to the question of whether the amended statement of claim raised a reasonable cause of action. The claim makes a wide sweeping and somewhat disjointed attack upon most of the multitudinous amendments to the *Immigration Act, 1976*. Some of the allegations are so hypothetical in nature that it would be impossible for any court to make a determination with regard to them. In many ways the statement of claim more closely resembles submissions that might be made to a parliamentary committee considering the legislation than it does an attack on the validity of the provisions of the legislation. No doubt the similarity can be explained by the fact that the action was brought on the first working day following the passage of the legislation. It is perhaps unfortunate that this court is asked to fulfil the function of a motion's

pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. La décision d'accorder la qualité pour agir relève d'un pouvoir discrétionnaire avec tout ce que cette désignation implique. Les demandes sans mérite peuvent donc être rejetées. Néanmoins, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, il faut interpréter les principes applicables d'une façon libérale et souple.

L'application à l'espèce des principes de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public

On a vu qu'il faut tenir compte de trois aspects lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Premièrement, la question de l'invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement? Deuxièmement, a-t-on démontré que le demandeur est directement touché par la loi ou qu'il a un intérêt véritable quant à sa validité? Troisièmement, y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

(1) *Question sérieuse quant à l'invalidité de la loi*

Dans l'arrêt *Finlay*, précité, on a fait remarquer que les questions de la qualité pour agir et de la cause d'action raisonnable sont étroitement liées et ont tendance à se chevaucher. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale, dans des motifs soigneusement rédigés, a analysé la question de savoir si la déclaration modifiée soulevait une cause d'action raisonnable. La déclaration attaque globalement et d'une façon quelque peu décousue la plupart des nombreuses modifications apportées à la *Loi sur l'immigration de 1976*. Certaines des allégations sont tellement hypothétiques qu'aucun tribunal ne pourrait se prononcer à leur sujet. À de nombreux égards, la déclaration ressemble davantage à des propos qui pourraient être présentés devant un comité parlementaire chargé de l'examen d'une loi qu'à une attaque contre la validité de la loi. La similitude peut sans doute s'expliquer par le fait que l'action a été intentée le premier jour ouvrable suivant l'adoption de la loi. Il est peut-être regrettable que l'on demande à notre Cour d'exercer les fonctions d'un juge des requêtes qui doit se pro-

court judge reviewing the provisions of a statement of claim. However, I am prepared to accept that some aspects of the statement of claim could be said to raise a serious issue as to the validity of the legislation.

(2) Has the Plaintiff Demonstrated a Genuine Interest?

There can be no doubt that the applicant has satisfied this part of the test. The Council enjoys the highest possible reputation and has demonstrated a real and continuing interest in the problems of the refugees and immigrants.

(3) Whether there is Another Reasonable and Effective Way to Bring the Issue Before the Court

It is this third issue that gives rise to the real difficulty in this case. The challenged legislation is regulatory in nature and directly affects all refugee claimants in this country. Each one of them has standing to initiate a constitutional challenge to secure his or her own rights under the *Charter*. The applicant Council recognizes the possibility that such actions could be brought but argues that the disadvantages which refugees face as a group preclude their effective use of access to the court. I cannot accept that submission. Since the institution of this action by the Council, a great many refugee claimants have, pursuant to the provisions of the statute, appealed administrative decisions which affected them. The respondents have advised that nearly 33,000 claims for refugee status were submitted in the first 15 months following the enactment of the legislation. In 1990, some 3,000 individuals initiated claims every month. The Federal Court of Appeal has a wide experience in this field. MacGuigan J.A., writing for the court, took judicial notice of the fact that refugee claimants were bringing forward claims akin to those brought by the Council on a daily basis. I accept without hesitation this observation. It is clear therefore that many refugee claimants can and have appealed administrative decisions under the statute. These actions have frequently been before the courts. Each case presented a clear concrete

noncer sur les énoncés d'une déclaration. Toutefois, je suis disposé à accepter que certains aspects de la déclaration soulèvent une question sérieuse quant à la validité de la loi.

(2) Le demandeur a-t-il démontré un intérêt véritable?

Il n'y a pas de doute que le requérant a satisfait à cette partie du critère. Le Conseil jouit de la meilleure réputation possible et il a démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants.

(3) Y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

C'est cette troisième question qui soulève la véritable difficulté en l'espèce. La loi contestée est de nature réglementaire et elle touche directement tous les demandeurs du statut de réfugié au pays. Chacun d'entre eux a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que lui garantit la *Charte*. Le Conseil requérant reconnaît que ces actions pourraient être intentées, mais soutient que les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe les empêchent d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. Je ne peux accepter cette prétention. Depuis que le Conseil a intenté la présente action, un grand nombre de demandeurs du statut de réfugié ont, conformément aux dispositions de la loi, interjeté appel de décisions administratives les concernant. Selon les intimés, presque 33 000 demandes de statut de réfugié ont été présentées au cours des 15 premiers mois suivant l'adoption de la loi. En 1990, quelque 3 000 demandes ont été présentées chaque mois. La Cour d'appel fédérale a une vaste expérience dans ce domaine. Le juge MacGuigan, s'exprimant au nom de la cour, a admis d'office que des demandeurs de statut intentaient déjà couramment des actions semblables à celles intentées par le Conseil. J'accepte cette observation sans hésitation. Il est donc évident que de nombreux demandeurs de statut peuvent interjeter appel contre les décisions administratives prises en vertu de la loi et qu'ils l'ont fait. Les tribunaux ont fréquemment été saisis de ces demandes.

factual background upon which the decision of the court could be based.

Chaque dossier renfermait un contexte factuel concret sur lequel le tribunal pouvait fonder sa décision.

The appellant also argued that the possibility of the imposition of a 72-hour removal order against refugee claimants undermines their ability to challenge the legislative scheme. I cannot accept that contention. It is clear that the Federal Court has jurisdiction to grant injunctive relief against a removal order: see *Toth v. Minister of Employment and Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (F.C.A.). Further, from the information submitted by the respondents it is evident that persons submitting claims to refugee status in Canada are in no danger of early or speedy removal. As of March 31, 1990 it required an average of five months for a claim to be considered at the initial "credible basis" hearing. It is therefore clear that in the ordinary case there is more than adequate time for a claimant to prepare to litigate the possible rejection of the claim. However, even where the claims have not been accepted "the majority of removal orders affecting refugee claimants have not been carried out". (See *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, Fiscal Year Ended 31 March 1990*, at pp. 352-53, paragraph 14.43.) Even though the Federal Court has been prepared in appropriate cases to exercise its jurisdiction to prevent removal of refugee claimants there is apparently very little need for it to do so. The means exist to ensure that the issues which are sought to be litigated on behalf of individual applicants may readily be brought before the court without any fear that a 72-hour removal order will deprive them of their rights.

L'appelant soutient aussi que le fait qu'un demandeur de statut risque d'être renvoyé dans un délai de 72 heures restreint sa possibilité de contester la loi. Je ne puis accepter cette prétention. Il est évident que la Cour fédérale a compétence pour accorder une injonction relativement à une mesure de renvoi, voir *Toth c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1988), 86 N.R. 302 (C.A.F.). Par ailleurs, d'après les renseignements fournis par les intimés, il est évident que les demandeurs du statut de réfugié au Canada ne risquent pas de faire l'objet d'une mesure de renvoi hâtive ou accélérée. Selon les données existantes au 31 mars 1990, il fallait en moyenne cinq mois avant la tenue du premier palier d'audience visant à déterminer si la revendication possède «un minimum de fondement». Il est donc évident qu'en temps normal un demandeur a plus de temps que nécessaire pour préparer une poursuite relative à l'éventuel rejet de sa revendication. Toutefois, même dans les cas où les revendications ne sont pas acceptées, «la majorité des ordonnances de renvoi touchant des demandeurs du statut de réfugié n'ont pas été exécutées». (Voir *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, pour l'exercice financier clos le 31 mars 1990*, à la p. 390, par. 14.43.) Bien que la Cour fédérale ait été disposée dans les cas appropriés à exercer sa compétence afin d'empêcher le renvoi de demandeurs de statut, elle n'aurait apparemment guère besoin de le faire. Il existe des moyens d'assurer que la cour puisse rapidement être saisie des questions que l'on cherche à faire trancher pour le compte d'un requérant particulier, sans crainte qu'une mesure de renvoi dans un délai de 72 heures puisse le priver de ses droits.

From the material presented, it is clear that individual claimants for refugee status, who have every right to challenge the legislation, have in fact done so. There are, therefore, other reasonable methods of bringing the matter before the Court. On this ground the applicant Council must fail. I would hasten to add that this should not be inter-

Il ressort des documents présentés que des demandeurs individuels du statut de réfugié, qui ont le droit de contester la loi, s'en sont prévalu. Il existe donc d'autres méthodes raisonnables de saisir la cour de la question. Pour ce motif, le Conseil requérant ne peut avoir gain de cause. Je m'empresserais d'ajouter que cette décision ne devrait

preted as a mechanistic application of a technical requirement. Rather it must be remembered that the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge. Here there is no such immunization as plaintiff refugee claimants are challenging the legislation. Thus the very rationale for the public interest litigation party disappears. The Council must, therefore, be denied standing on each of the counts of the statement of claims. This is sufficient to dispose of the appeal. The respondents must also succeed on their cross-appeal to strike out what remained of the claim as the plaintiff council does not satisfy the test for standing on any part of the statement of claim. I would simply mention two other matters.

Intervener Status

It has been seen that a public interest litigant is more likely to be granted standing in Canada than in other common law jurisdictions. Indeed if the basis for granting status were significantly broadened, these public interest litigants would displace the private litigant. Yet the views of the public litigant who cannot obtain standing need not be lost. Public interests organizations are, as they should be, frequently granted intervener status. The views and submissions of interveners on issues of public importance frequently provide great assistance to the courts. Yet that assistance is given against a background of established facts and in a time frame and context that is controlled by the courts. A proper balance between providing for the submissions of public interest groups and preserving judicial resources is maintained.

Review of the Statement of Claim to Determine if it Discloses a Cause of Action

In light of the conclusion that the appellant has no status to bring this action, there is no need to consider the statement of claim in detail. Had it

pas être interprétée comme le résultat d'une application mécaniste d'une exigence technique. On doit plutôt se rappeler que l'objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public est de garantir qu'une loi n'est pas à l'abri de la contestation. En l'espèce, la loi ne l'est pas puisque des demandeurs du statut de réfugié la conteste. En conséquence, le motif à la base même de la reconnaissance à une partie de la qualité pour agir dans l'intérêt public disparaît. Le Conseil n'a donc pas qualité pour agir relativement à chacun des énoncés de la déclaration. Cela suffit pour trancher le présent pourvoi. En outre, les intimés doivent avoir gain de cause dans leur pourvoi incident visant à faire annuler les dispositions restantes de la demande puisque le Conseil demandeur ne répond au critère de la qualité pour agir pour aucune partie de la déclaration. Je ne mentionnerais que deux autres questions.

L'intérêt pour agir de l'intervenant

On a soutenu qu'une partie d'intérêt public a plus de chances de se voir reconnaître qualité pour agir au Canada que dans les autres pays de common law. En effet, si l'on élargissait sensiblement la qualité pour agir, ces parties d'intérêt public supplanteraient les particuliers. Toutefois, le point de vue de ces parties qui ne peuvent se faire reconnaître qualité pour agir ne doit pas nécessairement passer inaperçu. Des organismes de défense de l'intérêt public se voient souvent accorder, à bon droit, le statut d'intervenant. Les opinions et les arguments des intervenants sur des questions d'importance publique sont souvent d'une aide considérable pour les tribunaux. Cette aide est apportée en fonction de faits établis et dans des délais et suivant le contexte que déterminent les tribunaux. On maintient alors un juste équilibre entre la possibilité pour les groupes d'intérêt public de présenter leurs arguments et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires.

Examen de la déclaration pour déterminer s'il existe une cause d'action

Étant donné la conclusion que l'appellant n'a pas d'intérêt pour intenter la présente action, il n'est pas nécessaire d'examiner la déclaration en détail.

been necessary to do so I would have had some difficulty agreeing with all of the conclusions of the Federal Court of Appeal on this issue. Perhaps it is sufficient to set out once again the principles which should guide a court in considering whether a reasonable cause of action has been disclosed by a statement of claim. It was put in this way by Wilson J. giving the reasons of this Court in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980:

... assuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". Neither the length and complexity of the issues, the novelty of the cause of action, nor the potential for the defendant to present a strong defence should prevent the plaintiff from proceeding with his or her case.

If these guidelines had been followed a different result would have been reached with regard to some aspects of this statement of claim. A party who did have standing might well find in this vast broadside of grievances some telling shots that would form the basis for a cause of action somewhat wider than that permitted by the Federal Court of Appeal.

Disposition of the Result

In the result I would dismiss the appeal and allow the cross-appeal on the basis that the plaintiff does not satisfy the test for public interest standing. Both the dismissal of the appeal and the allowance of the cross-appeal are to be without costs.

Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the respondents: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the interveners The Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped and The Quebec Multi Ethnic Association for the Inte-

S'il s'était révélé nécessaire de le faire, j'aurais eu certaines difficultés à souscrire à toutes les conclusions de la Cour d'appel fédérale. Peut-être suffit-il d'énoncer encore une fois les principes qui devraient guider le tribunal lorsqu'il doit déterminer si une déclaration révèle une cause raisonnable d'action. Pour reprendre les propos du juge Wilson, s'exprimant au nom de la Cour, dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la p. 980:

... dans l'hypothèse où les faits mentionnés dans la déclaration peuvent être prouvés, est-il «évident et manifeste» que la déclaration du demandeur ne révèle aucune cause d'action raisonnable? Comme en Angleterre, s'il y a une chance que le demandeur ait gain de cause, alors il ne devrait pas être «privé d'un jugement». La longueur et la complexité des questions, la nouveauté de la cause d'action ou la possibilité que les défendeurs présentent une défense solide ne devraient pas empêcher le demandeur d'intenter son action.

Si elle avait suivi ces directives, la Cour d'appel fédérale serait arrivée à une conclusion différente relativement à certains aspects de la déclaration. Une partie qui avait qualité pour agir pouvait bien trouver dans cette avalanche de revendications des éléments qui serviraient de base à une cause d'action plus large que celle qu'a accordée la Cour d'appel fédérale.

Dispositif

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accueillir le pourvoi incident au motif que le demandeur ne répond pas au critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le tout sans dépens tant pour le pourvoi que pour le pourvoi incident.

Pourvoi rejeté; pourvoi incident accueilli.

Procureurs de l'appellant: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur des intimés: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs des intervenants la Coalition des Organisations Provinciales Ombudsman des Handicapés et l'Association multi-ethnique pour l'inté-

1992 CanLII 116 (SCC)

gration of Handicapped People: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Solicitors for the intervener League for Human Rights of B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg, and Dale Streiman and Kurz, Brampton.

Solicitors for the interveners Women's Legal Education and Action (LEAF) and Canadian Disability Rights Council (CDRC): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto and Dulcie McCallum, Victoria.

gration des personnes handicapées du Québec: Advocacy Resource Centre for the Handicapped, Toronto.

Procureurs de l'intervenant la Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada: David Matas, Winnipeg, et Dale Streiman and Kurz, Brampton.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) et le Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH): Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto et Dulcie McCallum, Victoria.

TAB 4

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20170418

Docket: A-468-15

Citation: 2017 FCA 79

**CORAM: GAUTHIER J.A.
STRATAS J.A.
GLEASON J.A.**

BETWEEN:

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY

Appellant

and

**EMERSON MILLING INC. and CANADIAN
TRANSPORTATION AGENCY**

Respondents

Heard at Vancouver, British Columbia, on September 19, 2016.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on April 18, 2017.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY:

**GAUTHIER J.A.
GLEASON J.A.**

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20170418

Docket: A-468-15

Citation: 2017 FCA 79

**CORAM: GAUTHIER J.A.
STRATAS J.A.
GLEASON J.A.**

BETWEEN:

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY

Appellant

and

**EMERSON MILLING INC. and CANADIAN
TRANSPORTATION AGENCY**

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

STRATAS J.A.

[1] Crops are harvested and delivered to the facilities of companies like Emerson Milling Inc. To handle the arriving crops, Emerson orders railcars from the Canadian National Railway Company. Where Emerson has “traffic offered for carriage,” CN must supply railcars and then “without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic”:

subsection 113(1) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10. Normally there is no controversy: the railcars are ordered, the railcars arrive, the crops are loaded onto the railcars and CN transports them away.

[2] But there was controversy in 2013-2014. As usual, growers delivered crops to Emerson's facility. As in previous years, Emerson periodically ordered railcars from CN to transport the crops. But CN delivered only some of the cars, not all. 2013-2014 was a bumper crop year. Also the winter of 2014 was extremely cold, restricting some of CN's operations.

[3] As it is entitled to do under the Act, Emerson complained to the Canadian Transportation Agency. It alleged that CN had failed to receive, carry and deliver "traffic offered for carriage" and, thus, violated subsection 113(1) of the Act. CN alleged that Emerson's orders for cars were unreasonable and that in the circumstances CN acted as reasonably as it could under challenging circumstances.

[4] In a decision dated July 10, 2015 (case no. 14-06408), the Agency sided with Emerson. It ordered CN to provide to Emerson the railway cars that Emerson asked for and still required in order to satisfy its customers.

[5] CN appeals, with leave of this Court, from the Agency's decision. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal with costs.

A. Preliminary issue: the requirement in subsection 41(1) of the Act that there be a “question of law” or a “question of jurisdiction”

[6] Emerson submits that subsection 41(1) bars CN’s appeal in whole or in part because CN’s appeal does not raise a question of law or a question of jurisdiction.

[7] Under subsection 41(1) of the Act, “[a]n appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court.” Among other things, this means that this Court must be satisfied that an appellant has raised a “question of law” or a “question of jurisdiction” before it can entertain the appeal.

[8] We usually deal with this sort of submission on a preliminary basis before delving into the merits of an appeal: see, e.g., *Canadian National Railway Company v. Dreyfus*, 2016 FCA 232 at para. 18; *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284. Often we follow this practice in other contexts where our subject-matter jurisdiction is in issue, especially where to decide the merits might invade the right to decide of another body that might have jurisdiction: *National Indian Brotherhood v. Juneau (No. 2)*, [1971] F.C. 73 (C.A.); see also, e.g., *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 218, 141 C.P.R. (4th) 165. Often considerations of legality and practicality favour proceeding in this way—a pronouncement on the merits of the matter without jurisdiction is a nullity: *P.E.I. (Provincial Secretary) v. Egan*, [1941] S.C.R. 396, 3 D.L.R. 305.

[9] This practice is prudent: putting aside narrow areas of inherent or plenary jurisdiction and the responsibility to develop and apply the common law, it has been accepted for at least a quarter of a millennium that courts can act only within the limits of the law set by the legislator: see, e.g., *Green v. Rutherford* (1750), [1558-1774] All E.R. Rep. 153, 1 Ves. Sen. 462 at page 471; *Penn v. Lord Baltimore* (1750), [1558-1774] All E.R. Rep. 99, 1 Ves. Sen. 444 at page 446; *A.G. v. Lord Hotham* (1827), [1814-23] All E.R. Rep. 448, 3 Russ. 415; *Thompson v. Sheil* (1840), 3 Ir. Eq. R. 135. And of even longer standing is the principle of legislative supremacy, one corollary of which is that laws bind courts, just like everyone else: *Re Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753 at pp. 805-806; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, 161 D.L.R. (4th) 385 at paras. 71-72; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, 150 D.L.R. (4th) 577 at para. 10.

[10] The only exceptions are where a legislative limit is unconstitutional or the rule of law justifies court intervention: *Crevier v. A.G. (Québec) et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220, 127 D.L.R. (3d) 1; *Immeubles Port Louis Ltée. v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326 at p. 360. The latter, once described as “a fundamental postulate of our constitutional structure” that “lie[s] at the root of our system of government,” is now expressly set out as an operative principle in our Constitution: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 at p. 142; *British Columbia (Attorney General) v. Christie*, 2007 SCC 21, [2007] 1 S.C.R. 873 at para. 19; preamble to the *Constitution Act, 1982*, Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. It is the constitutional authorization for judicial review even in the face of legislative provisions restricting or forbidding it (e.g., so-called privative clauses): *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 at paras. 27-28. Among other things, the rule of law provides that “the law is

supreme over officials” and “thereby preclusive of the influence of arbitrary power”: *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721 at p. 748; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473 at paras. 57-58. Those who wield public power cannot be a law unto themselves, immunized from truly independent review and shielded from meaningful scrutiny: *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138 at p. 145; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 at paras. 31-33, citing *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236 at pp. 250-251; *Paradis Honey Ltd. v. Canada*, 2015 FCA 89, 382 D.L.R. (4th) 720 at para. 108 and *Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd.*, 2016 FCA 257 at para. 49, both citing *Slansky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 at paras. 313-314.

[11] For the purposes of subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act* and sections worded like it, what is a “question of law” and what is a “question of jurisdiction”? To interpret these terms, we need to consider their plain meaning, their context within the Act and the purpose of subsection 41(1) and the Act itself: *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, 154 D.L.R. (4th) 193 and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[12] Under the *Canada Transportation Act*, the Agency is continued and empowered as a specialized regulator in the transportation sector. Its decisions are informed by understandings of how the sector operates and other specialized appreciations and policy considerations, such as the National Transportation Policy set out in section 5 of the Act. Indeed, under sections 24 and

43 of the Act, the Governor in Council can issue policy directions concerning any matter that comes within the jurisdiction of the Agency and the Agency must follow them. Appeals are not available for pure questions of fact (see section 31 of the Act). But appeals to the Governor in Council are available under section 40 of the Act; this provides a way to appeal, among other things, factually suffused and policy-imbued decisions of the Agency: *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (“*CN 2014*”).

[13] From these provisions, one can see Parliament’s intention behind subsection 41(1):

factually suffused and policy-imbued decisions are not to be appealed to this Court.

Parliamentary debates also support this: *CN 2014* at para. 46. Such questions can be appealed elsewhere. Instead, only matters turning on questions of law or questions of jurisdiction may be appealed to this Court with leave granted on the basis that there is an arguable issue: *CKLN Radio Incorporated v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 135, 418 N.R. 198; *Rogers Cable Communications Inc. v. New Brunswick (Transportation)*, 2007 FCA 168, 367 N.R. 78. Given the terms of subsection 41(1), given the fact that a denial of leave is merits based, and given the availability of review under other sections of the Act for other questions, it would be hard to view subsection 41(1) as immunizing Agency decision-making in a problematic way.

[14] What does a “question of jurisdiction” mean? We begin with a bit of a conundrum. Today in administrative law we are often encouraged not to speak of jurisdiction. This trend has been underway since 1979 when Dickson J. (as he then was) warned against describing issues as jurisdictional when they are “doubtfully so”: *C.U.P.E. v. N.B. Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 at p. 233.

[15] The reasoning goes like this. To say that an administrative decision-maker has jurisdiction to do something is to say that it has powers that have been granted to it expressly, impliedly or necessarily by legislation in certain circumstances or over certain subject-matters: *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, 92 D.L.R. (4th) 609; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513, 266 D.L.R. (4th) 287 at para. 16. For example, whether an agency can exercise a power to compel a witness to give testimony turns on what its statute says and how we interpret it—in reality a question of law. Thus, a “question of jurisdiction” for the purposes of judicial review is really just a question of statutory interpretation, in other words a question of law: *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; and see the detailed discussion in *Canada (Border Services Agency) v. C.B. Powell Limited*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 at paras. 39-46.

[16] On this reasoning, many so-called questions of jurisdiction that are appealed under subsection 41(1) could easily be said today to be questions of law. Subsection 41(1) speaks of questions of law and questions of jurisdiction as if they are two different things. But it would seem that the latter is often just a subset of the former.

[17] But, on closer examination, the phrase “question of jurisdiction” in subsection 41(1) still adds something above and beyond the phrase “question of law.” A bit of legislative history shines a light on this.

[18] The *Canada Transportation Act* is a successor to various Acts stretching back to the *National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69, which was enacted in 1967. The phrase “question of jurisdiction” in subsection 41(1) of the current *Canada Transportation Act* first appeared in 1971 as a requirement for appeals to this Court in subsection 64(2) of the *National Transportation Act* after it was amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. At that time, Parliament understood “jurisdiction” to include failures of procedural fairness and other fundamental legal flaws: see, e.g., *In re Ontario Labour Relations Board*, [1953] 2 S.C.R. 18, [1953] 3 D.L.R. 561 (sometimes known as the *Toronto Newspaper Guild* case). Ever after, Parliament has decided to maintain “question of jurisdiction” in the subsection even though, as mentioned, today “question of jurisdiction” essentially means “question of law” and “question of law” is already in the subsection. This must mean something, as Parliament is not in the business of legislating redundancies: *Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.*, 2000 SCC 13, [2000] 1 S.C.R. 342 at para. 23.

[19] Based on this legislative history, I conclude that “question of jurisdiction” in subsection 41(1) includes at least issues of procedural fairness, even if those issues are factually suffused. Thus, under subsection 41(1) of the Act, a party may appeal on the basis that a decision of the Agency is procedurally unfair.

[20] Now to the meaning of a “question of law” under subsection 41(1) of the Act. Sometimes the Agency will state a pure question of law or a legal standard in its decision and then will resolve it. There is no doubt that such a question of law or legal standard can be the proper subject-matter of appeal under subsection 41(1) of the Act.

[21] But sometimes the question of law or legal standard is mixed up with questions of fact. For example, the Agency might have a legal view of how a particular statutory provision works and rather than stating that view explicitly instead might proceed directly to its bottom-line conclusion. In reality, the Agency's conclusion is an amalgam of its view of the law/legal standards and its view of the evidence, and how the former applies to the latter. In that context, where the law and the facts are mused together, is there a "question of law" for the purposes of subsection 41(1) of the Act?

[22] These questions of mixed fact and law are best seen on a spectrum. At one end are questions where the legal content is low and the result is driven by findings of facts or the adjudicator's interpretation of the evidence as a whole. At the other end are questions where the legal content is high and the result is driven mainly by law/legal standards.

[23] The Supreme Court discussed this spectrum, albeit in a different context, in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 at paras. 28 and 36. *Housen* concerns appellate review of decisions outside of the administrative law context and is not relevant to the administrative law context here. However, *Housen* is useful here because the Supreme Court was trying to solve the same question facing us here: given that questions of law/legal standards should be treated differently from questions of fact, how do we deal with questions of mixed fact and law that lie on a spectrum?

[24] In *Housen*, for the purposes of the appellate standard of review, the Supreme Court decided that questions of law/legal standards were subject to correctness review and questions of

fact were subject to review for palpable and overriding error. But it asked itself how questions of mixed fact and law should be handled given that they sit on a spectrum ranging from very low legal content to very high legal content.

[25] The Supreme Court’s solution was that where a question of law or an issue of legal principle is “extricable” from the question of mixed fact and law, there is indeed a “question of law”:

To summarize, a finding of negligence by a trial judge involves applying a legal standard to a set of facts, and thus is a question of mixed fact and law. Matters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in [*Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2], is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

(*Housen* at para. 36.)

[26] This same approach should be adopted here. Extricable questions of law/legal standards are best regarded as questions of law of the sort intended by Parliament to be reviewed by this Court under subsection 41(1). In a number of cases, this Court determined appeals where extricable questions of law/legal standards (in addition to other legal and jurisdictional questions) were present:

- *Canadian National Railway Company v. Canadian Transportation Agency*, 2010 FCA 65, [2011] 3 F.C.R. 264 (“CN 2010”) and *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Transportation Agency)*, 2008 FCA 363, 383 N.R. 349 (“CN 2008”). What matters fall into certain defined terms in the Act, triggering the revenue cap in the Act? The extricable legal question was the definition of the defined terms in the Act.
- *Dreyfus*, above at para. 18. Two issues were raised that involve extricable questions of law, namely statutory interpretation. Does the “evaluation approach,” a methodology adopted by the Agency for deciding questions under sections 113-116, deviate from the proper interpretation of the sections? Did the Agency fail to consider matters that the statute requires it to consider?
- *Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited*, 2015 FCA 180, 476 N.R. 83. Do the facts of the case constitute a “line of railway” and a “connection” for the purposes of triggering the carrier’s interswitching obligations? The extricable question of law was the meaning of these terms.
- *Canadian National Railway Company v. Viterro Inc.*, 2017 FCA 6. On the facts, were the obligations of the carrier under section 113 triggered? Was the carrier’s rationing methodology a confidential contract under subsection 113(4) of the Act?

[27] On occasion, this Court has defined the phrase “questions of law” in subsection 41(1) as including questions of mixed fact and law as long as there is “enough of a legal component” to the issue raised: *Northwest Airlines Inc. v. Canadian Transportation Agency*, 2004 FCA 238 at para. 28, 325 N.R. 147; *Canadian National Railway Company v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 266 at para. 22 (“*CN 2016*”). The phrase “enough of a legal component” suffers from some ambiguity and lack of clarity: for example, how much is “enough” and is the assessment of sufficiency a qualitative one, a quantitative one or both? The “extricable questions of law or legal principle” standard is more concrete and clear, especially since appellate courts considering the appellate standard of review under *Housen* regularly have to grapple with the phrase and define it. In both *Northwest Airlines* and *CN 2016* there were extricable questions of law or legal principle supporting the determination of the appeals under subsection 41(1) of the Act.

[28] Therefore, in future, this Court should adopt the “extricable questions of law or legal principle” standard for determining whether a question of mixed fact and law should be regarded as a “question of law” under subsection 41(1) of the Act.

[29] Turning to the facts of this case, does subsection 41(1) apply to restrict or eliminate CN’s appeal? To answer that, we first must identify the subject-matter of the appeal. We do this by construing the originating document, here the notice of appeal, to gain “a realistic appreciation” of the appeal’s “essential character.” The say-so of a party that a “legal test” or “the Act” is involved is not enough: “skilful pleaders” who are “armed with sophisticated wordsmithing tools and cunning minds” can express grounds in such a way as to make them sound like legal

questions “when they are nothing of the sort.” We must look at the substance of what is being raised, not the form. See generally *Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 at paras. 49-50.

[30] Sometimes an appellant’s memorandum of fact and law articulates the grounds set out in a notice of appeal in a different way. The memorandum can be useful in gaining a realistic appreciation of the appeal’s essential character, as presented in the notice of appeal. As we shall see, CN’s memorandum does assist us in this case.

[31] CN’s notice of appeal alleges that the Agency erred in two ways:

1. The Agency applied the wrong evidentiary threshold and onus such that it effectively and automatically conflated a car order request placed by a shipper with “traffic offered for carriage” under [subsection 113(1) of] the Act; and
2. The Agency applied the wrong legal test in determining whether CN had breached its level of service obligations by treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative “traffic offered for carriage” under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years.

[32] CN submits that these errors are questions of law relating to the proper interpretation of the phrase “traffic offered for carriage” in subsection 113(1) of the Act.

[33] The first ground in the notice of appeal is phrased as a question of mixed fact and law—how the law should be applied to the facts of this case—not as a pure question of law. The second error alleges that the Agency applied a wrong legal test, but it could also be construed as an objection to how the Agency characterized the unfulfilled orders based on the facts of this

case. In both cases, Emerson suggests that these are factually suffused points that are, so-to-speak, insufficiently legal and, thus, cannot be appealed under subsection 41(1) of the Act.

[34] I disagree. In my view, the essential character of this ground of appeal is that the Agency erred in law by taking a legally incorrect view of subsection 113(1).

[35] For the purposes of this point, subsection 113(1) has two parts: an event that triggers the carrier's legal obligation to transport, namely that the shipper has "traffic offered for carriage," and the shipper's legal obligation "without delay, and with due care and diligence, [to] receive, carry and deliver the traffic." Both grounds concentrate on the triggering event: what is "traffic offered for carriage"? What, as a matter of law, must a shipper like Emerson do in order to trigger the carrier's legal obligation to receive, handle and transport? In other words, in law, what is the triggering event for the carrier's legal obligation and in what circumstances does it happen?

[36] The first ground in the notice of appeal suggests that the Agency "conflated" a "car order request" by a shipper, Emerson, with "traffic offered for carriage." In other words, according to CN, the Agency erred in holding that as soon as Emerson says it has traffic for carriage, the triggering event has happened and CN's onerous obligations under subsection 113(1) kick in. Put another way, under the Agency's legally wrong view of the matter, CN's legal obligation arises when Emerson says simply that it has a shipment that needs to be transported, without any other demonstration that there is indeed a shipment that needs to be transported. By misinterpreting subsection 113(1), the Agency allows the significant, sometimes onerous legal obligation on CN

to receive, carry and deliver traffic to arise too easily, almost automatically. CN says that subsection 113(1), properly interpreted, requires much more from Emerson.

[37] In short, the question raised by the first ground of appeal is a matter of statutory interpretation: what is the meaning of “traffic offered for carriage,” or, put another way, what evidence must a shipper adduce to establish that there is “traffic offered for carriage”? In the first ground of appeal, we have an issue of statutory interpretation: an issue of law. The resolution of the first ground of appeal is driven by the law/legal standards; this is not an issue where the parties agree upon the law/legal standards and the outcome is driven by the facts.

[38] Several statements from CN’s memorandum confirm that the first ground of appeal raises a question of law:

- “The [Act] requires actual goods subject to a genuine request for transportation by rail” and “a railway has no obligation [under the Act] to carry putative, hypothetical or speculative traffic.” To hold otherwise “is an error of law”: CN’s memorandum of fact and law at para. 42;
- “[Under subsection 113(1)] an applicant must prove that it has ‘traffic’ for carriage...and a [mere] car order cannot be presumed to be ‘traffic’”: CN’s memorandum of fact and law at para. 44;

- Under the Act, “[a] railway is not presumed to be in breach of its level of service obligations.” Instead, an applicant must first “prove that it offered traffic for carriage—a railway’s service level obligations [under subsection 113(1)] are not triggered otherwise”: CN’s memorandum of fact and law at paras. 49 and 52. The “traffic offered for carriage” under subsection 113(1) “must be actual goods offered for transport” and not just “putative or potential traffic”: CN’s memorandum of fact and law at para. 52.
- Any other conclusion “fails to accord with the words, context, object and intent of the [Canada Transportation Act]”: CN’s memorandum of fact and law at para. 53.
- Interpreting subsection 113(1) in this way violates the Supreme Court’s holding in *A.L. Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271, 17 D.L.R. (2d) 449 “that a railway’s common carrier obligations are ‘permeated with reasonableness’”: CN’s memorandum of fact and law at para. 72.
- A sub-point raised by CN and really the flipside of the foregoing is that the Agency must have improperly taken “judicial notice of the fact that car orders invariably reflect concomitant demand for the carriage of actual traffic”: CN’s memorandum of fact and law at para. 65. Whether the Agency can do this is a question of law.

[39] CN's memorandum of fact and law also runs this statutory interpretation point in a different way. CN takes particular issue with a methodology or test established by the Agency and followed by in this case. It is known as the "evaluation approach."

[40] The first step of the Agency's evaluation approach is to assess whether the request for service is reasonable. This entails looking at factors such as whether the request for cars was properly communicated, whether the car request provided adequate notice and whether the shipper has the capacity to receive, load and release the cars requested: CN's memorandum of fact and law at para. 54.

[41] CN complains that "none of these criteria relate in any way to the issue of whether the shipper has actual traffic for carriage," which it says subsection 113(1) requires; instead they "relate solely to matters of the form and timing of communication, and capacity to receive and release a car spot": CN's memorandum of fact and law at para. 56. It also complains that the Agency found that the "sole requirement for a shipper to meet the first step of the evaluation approach is to place an order," again contrary to subsection 113(1): CN's memorandum at para. 64. Lest there be any doubt that the argument CN makes is based on the proper interpretation of subsection 113(1), CN adds that the Agency's evaluation approach "obviates [the] statutory requirement [of showing that there is "traffic offered for carriage"]—a shipper need only make a car request in order to be conclusively deemed to have 'traffic'": CN's memorandum of fact and law at para. 44.

[42] All of these submissions in CN's memorandum relate to the gist of the first ground in the notice of appeal. They confirm that we are dealing with an issue of statutory interpretation, which is a question of law that this Court can entertain under subsection 41(1) of the Act.

[43] The issue of statutory interpretation raised by the first ground of appeal is very much like the question at issue before this Court in *CN 2010*, above and *CN 2008*, above, namely what matters fall into certain defined terms in the Act, triggering the revenue cap in the Act. In considering the evaluation approach and in raising the question whether the approach is consistent with the Act, this case is also very much like *Dreyfus*. All of these cases passed muster under subsection 41(1) of the Act.

[44] Overall, I find that the first ground of appeal raises a question of law that can be appealed to this Court under subsection 41(1) of the Act.

[45] The second ground of appeal complains that the Agency "applied the wrong legal test" in determining whether CN had breached its level of service obligations by "treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative 'traffic offered for carriage' under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years." Although this ground refers to "legal test" and "the Act," it is still incumbent on us to construe the originating document, here the notice of appeal, to gain "a realistic appreciation" of the appeal's "essential character": see paragraph 29 above.

[46] This ground of appeal is best understood by viewing it in light of what CN argues in its memorandum of fact and law and in light of what the Agency decided. When this is done, we see that the second ground of appeal raises an issue of statutory interpretation. CN and the Agency have contrasting views about how to go about analyzing cases under subsection 113(1), views based on a different interpretation of subsection 113(1):

- *CN's view.* Subsection 113(1) requires the Agency to assess on a week-by-week basis whether CN is justified for that week in failing to provide enough cars. If non-delivery during a particular week is justified by the circumstances, then any non-delivery of cars in that week is excused and cannot be the basis for a later finding that CN breached its obligations as a carrier under subsection 113(1) of the Act. In the words of the second ground in the notice of appeal, “treating unfulfilled car order requests in a given week” that are justified cannot be regarded “as constituting cumulative ‘traffic offered for carriage’ under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years.” See generally paras. 77-95 of CN’s memorandum of fact and law.
- *Agency’s view.* Subsection 113(1) allows the Agency to look at the matter more globally, as it did here, and assess from the available data whether over the entire complaint period CN met its subsection 113(1) obligations. It need not conduct a week-by-week analysis. See generally paras. 65-68 of the Agency’s decision.

Which view of subsection 113(1) should prevail: the week-to-week approach or the global approach? Fundamentally, this is a question of statutory interpretation, a question of law.

[47] We can glean CN's view of subsection 113(1)—which varies from the Agency's view—from its memorandum. CN begins by arguing that the Agency recognized that in certain weeks CN was justified in not delivering all of the cars that Emerson had ordered: CN's memorandum of fact and law at para. 77. According to CN, if it was justified in failing to deliver a certain portion of car requests at the time the requests were made, by definition it complied with its obligations under the Act: CN's memorandum of fact and law at para. 77.

[48] CN puts this same point a different way. It says that under the Act a railway's obligation to move traffic is triggered when presented with traffic for carriage: CN's memorandum of fact and law at para. 80. Then, once traffic for carriage is presented, the railway either moves the traffic or does not. If the railway fails to deliver the traffic, the Agency's task is to determine whether the railway's failure was justified as of the time of the request: CN's memorandum of fact and law at para. 82. If it was justified, then under subsection 113(1) the railway has offered the requisite level of service: CN's memorandum of fact and law at para. 86.

[49] Given that there were numerous crop weeks where CN was absolved of its obligation to deliver cars, "it was not open for the Agency to perfunctorily declare that CN was in breach of its obligation to deliver cars": CN's memorandum of fact and law at para. 94. The Agency reached this conclusion "improperly" and committed an "error of law" by "treating unfulfilled orders as

though they continued to represent traffic offered for carriage within the meaning of ss. 113(1)(a)": CN's memorandum of fact and law at para. 95.

[50] As mentioned above, our task is to gain "a realistic appreciation" of the appeal's "essential character." When the second ground in the notice of appeal is read together with CN's memorandum of fact and law, it becomes evident that CN is taking issue with how the Agency read and applied the statute.

[51] This is not a case where the Agency and CN have a common view of how the statutory provision, subsection 113(1), should be read and CN merely takes issue with the way the Agency has applied it to the facts of the case. That would be a question of mixed fact and law where the facts drive the answer.

[52] Rather, this is a case where the Agency and CN have a different view on how subsection 113(1) is to be read. In my view, the second ground set out in the notice of appeal raises an extricable question of law sufficient for an appeal under subsection 41(1) of the Act.

[53] Before leaving this issue, I wish to offer some further guidance for future cases concerning subsection 41(1) of the Act, guidance that may be useful for similarly worded sections.

[54] This is a relatively close case under subsection 41(1). As mentioned, in determining whether we have jurisdiction in the face of a jurisdiction-limiting provision like subsection 41(1)

we must examine the essential character of a notice of appeal with the assistance of the appellant's memorandum and, like all pleadings, construe it generously with due allowance for infelicities in wording. But there are limits to the Court's examination and its generosity. In this case, those limits were almost reached.

[55] Drafters of notices of appeal are now on notice. When the grounds of appeal are drafted in the form of questions of mixed fact and law, the Court may well conclude that there is no question of law or jurisdiction in the appeal and dismiss it. This is especially so where the questions of mixed fact and law are presented in a heavily fact-laden way. Instead, drafters should identify with clarity and precision the questions of law or of jurisdiction, including any extricable questions of law or legal principle, and explain how these emerge from the decision below. While the Court may look to the appellant's memorandum of fact and law to construe the notice of appeal, the notice of appeal, as the originating document, remains the primary focus of the Court and must be carefully drawn.

[56] These observations have ramifications for motions for leave to appeal under provisions like subsection 41(1). When the Court grants leave to appeal, it has not decided the subsection 41(1) issue; for one thing, in granting leave the Court may have considered the issue of jurisdiction to be uncertain but fairly arguable: *Canadian Pacific Railway Co. v. Canada (Transportation Agency)*, 2003 FCA 271, [2003] 4 F.C.R. 558 at para. 17. Despite the granting of leave, the subsection 41(1) issue remains live during the appeal and the Court must dismiss any appeal over which it does not have jurisdiction.

[57] This being said, those of the view that this Court has no jurisdiction under subsection 41(1) should forcefully argue the point at the leave stage and, where possible, this Court should determine it. Increasingly, courts must conserve scarce judicial resources and adopt a new, more efficient litigation culture: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. Appeals or issues in appeals that cannot be entertained by this Court should not be allowed to meander through to a merits hearing. Instead, at the earliest opportunity, they should be stopped in their tracks. The guidance given by these reasons to drafters of notices of appeal applies equally to drafters of notices of motion for leave to appeal.

B. Analysis of the merits of the appeal

[58] As mentioned above, subsection 113(1) of the *Canada Transportation Act* imposes certain obligations upon a railway company once there is “traffic offered [to the railway company] for carriage” within the meaning of the subsection. Subsection 113(1) provides as follows:

113. (1) A railway company shall, according to its powers, in respect of a railway owned or operated by it,

(a) furnish, at the point of origin, at the point of junction of the railway with another railway, and at all points of stopping established for that purpose, adequate and suitable

113. (1) Chaque compagnie de chemin de fer, dans le cadre de ses attributions, relativement au chemin de fer qui lui appartient ou qu'elle exploite :

a) fournit, au point d'origine de son chemin de fer et au point de raccordement avec d'autres, et à tous les points d'arrêt établis à cette fin, des installations convenables pour la réception et

accommodation for the receiving and loading of all traffic offered for carriage on the railway;

(b) furnish adequate and suitable accommodation for the carriage, unloading and delivering of the traffic;

(c) without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic;

(d) furnish and use all proper appliances, accommodation and means necessary for receiving, loading, carrying, unloading and delivering the traffic; and

(e) furnish any other service incidental to transportation that is customary or usual in connection with the business of a railway company.

le chargement des marchandises à transporter par chemin de fer;

b) fournit les installations convenables pour le transport, le déchargement et la livraison des marchandises;

c) reçoit, transporte et livre ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus;

d) fournit et utilise tous les appareils, toutes les installations et tous les moyens nécessaires à la réception, au chargement, au transport, au déchargement et à la livraison de ces marchandises;

e) fournit les autres services normalement liés à l'exploitation d'un service de transport par une compagnie de chemin de fer.

[59] The parties agree that this Court should review the Agency's interpretation of subsection 113(1) of the Act on the basis of the standard of reasonableness. The parties' agreement does not bind us: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152. But on the current state of the authorities I agree that the standard of review is reasonableness.

[60] Reasonableness is presumed to be the standard of review of administrative decision-makers' interpretations of provisions in "[their] own [legislation] or [legislation] closely connected to [their] function, with which [they have] particular familiarity," *i.e.*, their home statute: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011

SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 at para. 34; *Dunsmuir*, above at para. 54. This presumption applies even where Parliament has enacted full, unrestricted rights of appeal: *Edmonton (City) v.*

Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293.

[61] Subsection 113(1), interpreted and applied by the Agency in this case, is in the Agency's home statute and so the presumption applies. It stands unrebutted. Therefore, the Agency's interpretation and application of subsection 113(1) will be reviewed on the basis of reasonableness.

[62] By way of confirmation, I note that this Court has adopted the reasonableness standard in a number of similar cases involving similar issues before the Agency: see the cases mentioned in paragraph 26 above.

[63] Now to reasonableness review of the Agency's decision. Some go about this by forming a view as to what the administrative decision-maker should have decided on the merits, pasting paragraph 47 of *Dunsmuir* into their reasons—whether the outcome reached by the Agency falls within the range of “acceptability” and “defensibility” on the facts and the law and whether there is “justification,” “transparency” and “intelligibility”—and then tossing these labels around to support their conclusion. Some call this disguised correctness.

[64] Others avoid the sin of disguised correctness but still fall short. They understand that disguised correctness is not genuine reasonableness review. But too often, even in complicated cases that demand a more fulsome treatment, they do not go much beyond asserting conclusions,

rather than demonstrating in a substantive way how the administrative decision does or does not accord with the concept of reasonableness.

[65] If reasonableness review is to be legitimate and if it is to appear to be legitimate, it must be conducted in a neutral, substantively rigorous, intellectually honest way, drawing upon the doctrine and sensitive to “the qualities that make [an administrative decision] reasonable”: *Dunsmuir*, above at para. 47. To try to do just that, our Court has developed and followed some approaches to reasonableness: see, e.g., *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; and see Professor Paul Daly, “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (online: <https://ssrn.com/abstract=2821099>) (forthcoming, McGill L.J.). And in doing this—far from freestyling on the matter—this Court has followed the Supreme Court’s pronouncements, attentive to the signals it gives.

[66] What are the pronouncements and signals? In some cases, the Supreme Court tells us that an administrative decision-maker’s ambit for decision-making on a particular question is not “one specific, particular result” but rather is a “range of reasonable outcomes” or a “margin of appreciation”, a range or margin that can be quite broad or narrow depending on the circumstances: *Dunsmuir*, above at para. 47; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 at para. 38. In other cases, the Supreme Court tells us that reasonableness “takes its colour from the context” and must be “assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 at para. 18; *Canada*

(Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 at para. 59; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770 at para. 22; and many, many others. In other words, certain circumstances, considerations and factors in particular cases influence how we go about assessing the acceptability and defensibility of administrative decisions: *Catalyst* at para. 18; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 at para. 54; *Halifax*, above at para. 44; see also *Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006 at paras. 88-99.

[67] Looking at this from the perspective of reviewing courts, if the circumstances, considerations and factors differ from case to case, how reviewing courts go about measuring acceptability and defensibility will differ from case to case; in other words, reasonableness will “take its colour from the context” of the case. Looking at this from the perspective of administrative decision-makers, as a practical matter some in some contexts seem to be given more leeway or a broader “margin of appreciation” than others in other contexts.

[68] In some of its cases, this Court has tried to identify the circumstances, considerations and factors that can affect the outcome of reasonableness review. Sometimes other appellate courts have joined this effort: see, e.g., *Mills v. Ontario (Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71 at para. 22.

[69] In this case, what is the context from which reasonableness takes its colour? What circumstances, considerations or factors affect reasonableness review?

[70] One important factor is the existence of a binding judicial pronouncement concerning subsection 113(1) of the Act. Unless the administrative decision-maker, here the Agency, can distinguish the precedent in some reasonable way, it constrains the interpretive options available to the Agency and affects our evaluation of reasonableness: *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75; 444 N.R. 120 at paras. 13-14; *Canada (Attorney General) v. Abraham*, 2012 FCA 266, 440 N.R. 201 at paras. 37-50; *Farwaha*, above at para. 95.

[71] In this case, the binding judicial pronouncement is a decades-old decision of the Supreme Court. It stands for the proposition that when interpreting and applying subsection 113(1), the Agency must assess the reasonableness of the parties' conduct in light of the facts disclosed by the evidentiary record:

Apart from statute, undertaking a public carrier service as an economic enterprise by a private agency is done on the assumption that, with no fault on the agency's part, normal means will be available to the performance of its duty. That duty is permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken...and it is that duty which furnishes the background for the general language of the statute. The qualification of reasonableness is exhibited in one aspect of the matter of the present complaint, the furnishing of facilities: a railway, for example, is not bound to furnish cars at all times sufficient to meet all demands; [all they must do is provide] a reasonable service. Saving any express or special statutory obligation, that characteristic extends to the carrier's entire activity. Under that scope of duty a carrier subject to the Act is placed.

...The duty being one of reasonableness how each situation is to be met depends upon its total circumstances. The carrier must, in all respects, take reasonable steps to maintain its public function; [its obligation] must be determined by what the railway, in the light of its knowledge of the facts, as, in other words, they reasonably appear to it, has effectively done or can effectively do to meet and resolve the situation.

(*Patchett*, above at pp. 274-275.) In developing acceptable and defensible jurisprudence concerning subsection 113(1) of the Act, the Agency must work within the standards set by *Patchett*.

[72] Another context colouring reasonableness review in this case is the nature of the Agency’s decision and the nature of the Act. The Agency’s decision lies at the very bullseye of its regulatory know-how and mandate, the very reason why Parliament has vested the Agency with jurisdiction over the merits of cases like this and has left us with just a reviewing role.

[73] When the Agency interprets subsection 113(1), it legitimately draws upon its regulatory experience, its knowledge of the industry and its expertise in the transportation sector, guided by the standards set by *Patchett*, above. Provided the Agency adopts a defensible interpretation of subsection 113(1) and a defensible methodology or test for determining reasonable conduct, and provided it applies these things in a manner that is alert and responsive to the evidence before it, this Court must refrain from second-guessing. The reasonableness of the parties’ conduct based on the particular facts disclosed by the evidentiary record—the factually suffused merits of the case—is a matter very much within the ken of the Agency, not us. See, by way of illustration and analogy, *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324 at pp. 1347-48, 74 D.L.R. (4th) 449 and *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650 at para. 104.

[74] What did the Agency do in this case? First, it applied a test—which it calls an “evaluation approach” (at para. 10).

[75] Under this evaluation approach, the Agency asked itself three questions (at para. 10):

1. Is the shipper's request for service reasonable?
2. Did the railway company fulfil this request?
3. If not, are there reasons which could justify the service failure?
 - (a) If there is a reasonable justification, then the Agency will find that the railway company has met its service obligations;
 - (b) If there is no reasonable justification, then the Agency will find that there has been a breach of the railway company's service obligations and will look to the question of remedy.

[76] CN submits that the Agency's "evaluation approach" is unreasonable: see CN's memorandum of fact and law at paras. 22 and 25. I disagree.

[77] The Agency's evaluation approach is reasonable. It is a practical, useable test that captures both the essence of and much of the detail in subsection 113(1) of the Act. Far from imposing impossible burdens upon carriers like CN, as CN suggests, it suitably reflects the Supreme Court's holding in *Patchett* that the carrier's duty "is permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken." Take, for example, the centrality of reasonableness in the first question—whether the shipper's request for service is reasonable. In my view, CN's real concern is not so much with the evaluation approach, but rather with the manner in which the Agency has applied it to the evidence in this case.

[78] In following the evaluation approach, the Agency must be careful. The evaluation approach is just a practical and general test or methodology for analyzing and applying the

standards set out in subsection 113(1) of the Act. It is not the wording of subsection 113(1) itself. The meaning of the wording always governs, not the tests or methodologies the Agency has fashioned in its jurisprudence. Therefore, if a party wishes to submit before the Agency in a particular case that subsection 113(1) requires that the evaluation approach needs to be tweaked, modified, followed or applied differently, the Agency must consider the submission in an open-minded way.

[79] The first question under the evaluation approach—whether the shipper’s request for service is reasonable—reflects the Agency’s view that only *bona fide*, reasonable requests by shippers for traffic on the railway can meet the requirement in subsection 113(1) of the Act that there be “traffic offered for carriage on the railway.” For example, the railway company’s obligations under subsection 113(1) are not triggered by groundless, outlandish requests.

[80] In this case, the focus of CN’s attack on the Agency’s decision is on its handling of this first question. As is shown by its notice of appeal, it says that the Agency was too trusting of Emerson’s say-so that it needed railcars. Put another way, the Agency assumed that a request by Emerson satisfied the statutory requirement under subsection 113(1) that there be “traffic offered for carriage.”

[81] There are statements in the Agency’s reasons that, if plucked out of context and read in isolation, could support CN’s attack. For example, at one point in its reasons, the Agency states, without elaboration, that “by placing orders according to CN’s policy and ordering system, [Emerson] properly triggered CN’s level of service obligations” (at para. 27). This bald

statement was said in the context of the Agency’s finding that Emerson did not have to anticipate and notify CN about the increase in its demand for transportation services that would result from the bumper crop (at para. 26).

[82] The real question behind CN’s submission is what amount and sort of evidence a shipper like Emerson must bring forward in order to trigger the carrier’s obligation to “receive, carry and deliver the traffic.” In other words, using the words of the evaluation approach and the *Patchett* standard, what amount and sort of evidence must a shipper bring forward to demonstrate that its request for service was reasonable? This called for an interpretation of subsection 113(1) in light of its text, its context within the legislation, and the purpose of the legislation—the methodology set out in cases such as *Re Rizzo & Rizzo Shoes*, above and *Bell ExpressVu*, above.

[83] The Agency did not explicitly follow the text-context-purpose approach. From the standpoint of clarity, it might have been better had it done so. But the Agency’s observations concerning subsection 113(1) and its analysis of how it applies to this case reflect these very matters. It did demonstrate an appreciation of the text, context and purpose of subsection 113(1) and it viewed these things—as it must do—through its particular regulatory lens. In examining whether Emerson had demonstrated that its request for service was reasonable, it brought to bear its regulatory experience, its knowledge of the industry, its understanding of how transactions between shippers and their customers come about and are documented, and its overall expertise in the transportation sector. These things are largely beyond the ken of the Court and, thus, are matters on which the Agency is given a wide margin of appreciation.

[84] A specific instance of the Agency drawing upon these things is seen in its ruling concerning the significance that can be drawn merely from the fact that a shipper has requested railcars. It observed that in the context of this industry and its normal practice, a request for railcars by itself is some evidence of the need for carriage or, in the words of the Agency, a request will “generally” (*i.e.*, not always) show that cars are needed for carriage, subject to the consideration of contrary evidence such as “bills for demurrage charges” (at para. 28).

[85] The Agency’s reasons on this point grappled with the evidence before it, though not necessarily in a way CN likes, finding that Emerson had adduced enough evidence to prove that its request for service was reasonable.

[86] Thus, I disagree with CN’s submission that the Agency in effect simply accepted Emerson’s say-so about its need for railcars. Nor does the bald statement in paragraph 27 of its reasons—“by placing orders according to CN’s policy and ordering system, [Emerson] properly triggered CN’s level of service obligations”—stand alone.

[87] This is all seen in paragraphs 28-36 of the Agency’s reasons:

[28] With respect to CN’s allegation that [Emerson] should have to provide evidence of actual delivery commitments and arrangements, the Agency considers that demonstrating a reasonable request for service does not require a shipper to strictly document each and every transaction it makes in respect of the acquisition/production and the subsequent sale/use of the goods that shipper intends to ship. In the context of the transportation of grain, demand for rail cars is inextricably linked to demand for grain. Grain shippers order cars because they have grain to move and customers to purchase it. In the absence of any evidence showing that a grain shipper has ordered cars that it was not in a position to load and release to the railway company for carriage, for instance bills for demurrage

charges, the Agency will generally conclude that if a commercial grain company orders cars, it is to move grain to market.

[29] As noted above, transportation is a derived demand and the purpose of section 113 of the [Act] needs to be understood in its broadest context....

[30] In the context of the grain industry, considering the manner in which that commodity is traded, it would be unreasonable for the Agency to require a shipper to produce, for each tonne of grain that the shipper intended to ship, the contractual arrangements showing that the grain was purchased and subsequently re-sold. This would render the availability of remedies for a level of service breach contingent on the shipper being in a contractual breach with its business partners.

[31] Evidence of contracts between the grain shipper and its grain suppliers and customers may constitute convincing evidence that the shipper had grain to move in the cars it ordered from the railway company. However, the fact that contracts have not been produced in respect of each car ordered from the railway company will not necessarily mean that the shipper failed to prove a reasonable request. Other elements of evidence may demonstrate to the satisfaction of the Agency that the shipper had grain to move in the cars it ordered from the railway company.

[32] In this case, [Emerson] filed letters from two of its customers complaining about delayed deliveries. [Emerson] also provided copies of its forward sales contracts with producers.

[33] Further evidence on the file indicates that at the system level there was a bumper crop in 2013 and that more grain had to be moved than cars supplied. This is consistent with CN's need to ration cars in the first place; the demand for cars exceeded the supply of cars.

[34] The agency is of the opinion that this shows that the supply of grain existed and that there was a demand for [Emerson's] grain to be delivered. Therefore, [Emerson] had a legitimate demand for grain transportation services.

[35] CN did not provide any evidence that rebutted [Emerson's] evidence. While CN alleges that [Emerson] engaged in "tactical ordering," CN did not provide any evidence to demonstrate that [Emerson] ordered more cars than it actually needed to move the oats available to it for sale to its customers.

[36] The Agency notes that in more than one week during the complaint period, [Emerson] ordered more cars than the capacity of its siding. CN suggests that this indicates that [Emerson] ordered more cars than it required. The Agency is of the opinion that the fact that [Emerson] ordered more cars in a week than can be delivered in a single spot only proves that [Emerson] placed orders that would

require CN to serve [Emerson] more than once in the same crop week; it does not prove that [Emerson] ordered more cars than it required given the supply and the demand conditions in the market.

[88] Based on the record before it, including the bumper crop of 2013-2014 and the availability of grain, the Agency concluded (at paras. 38-39) that “on the balance of probabilities” Emerson “had a legitimate demand for service” or, in other words, it “would have had grain to ship had it received the cars it ordered.” Under subsection 113(1) this triggered CN’s obligations. Again, based on the record before it, the Agency concluded that CN did not fulfil its obligations (at paras. 40-46). Following the reasoning in its October 3, 2014 *Dreyfus* decision—a decision mindful that, as the Supreme Court said in *Patchett*, CN’s duty under subsection 113(1) of the Act is “permeated with reasonableness in all aspects of what is undertaken” and a decision that this Court upheld as reasonable in *Dreyfus*, above—the Agency found that CN breached its level of service obligations to Emerson during Emerson’s complaint period (at paras. 47-75).

[89] I turn now to CN’s submission that the Agency reached an unreasonable result by, as it put it in the second ground of its notice of appeal, “treating unfulfilled car order requests in a given week as constituting cumulative ‘traffic offered for carriage’ under [subsection 113(1) of] the Act in subsequent weeks, months and years.”

[90] At paragraphs 65-68 of its reasons, the Agency found that CN was justified in some delay in delivering cars to Emerson during the complaint period but that CN was not completely relieved of its service obligations concerning the traffic Emerson had offered for carriage. After

all, subsection 113(1) of the Act requires a carrier to receive, carry and deliver “all traffic” offered for carriage “without delay.”

[91] The Agency studied CN’s service over the entire complaint period and found that the proportion of cars waybilled to cars ordered decreased over time. Although CN could justify some delay in delivering cars, it could not justify the indefinite delay in service for what turned out to be 40 percent of Emerson’s traffic. In support of this finding, the Agency adopted a particular view of CN’s obligations under the Act and then applied that understanding of the Act to the facts before it (at paras. 65-66 and 68):

[65] While the [the fact that a] service request of a given shipper is unexpected or differs from historical patterns may justify some delay in delivering cars ordered, they must nonetheless be delivered and moved by the railway company. The term “without delay” in paragraph 113(1)(c) of the [*Canada Transportation Act*] needs to be interpreted in the context of the specific circumstances of each case. When faced with an unexpected demand for service, especially if the railway company did not have sufficient lead time to react, paragraph 113(1)(c) of the [*Canada Transportation Act*] will be interpreted as providing a railway company a reasonable amount of time to fulfill the service request in question.

[66] However, this does not mean that a railway company can invoke a lack of lead time indefinitely and in all cases. Railway companies must, under the [*Canada Transportation Act*], ensure that they allocate sufficient resources on an ongoing basis, to furnish adequate and suitable accommodation for the carriage, unloading and delivering of the traffic offered for carriage on the railway. The lack of lead time to plan does not nullify a railway company’s obligations to receive, carry and deliver, without delay, the traffic ordered.

...

[68] The Agency finds that the factors led to some delay in delivering cars to [Emerson] during the complaint period; however, CN did not establish a justification for the overall poor level of service it provided to [Emerson] over the complaint period. Specifically...[Emerson] experienced a pattern of poor service such that CN’s service to EMI deteriorated from the beginning of the complaint period to the point that for four weeks, beginning in Week 36, [Emerson] received

only 49 percent of all the cars it had requested up to that point in time. By the end of the complaint period, CN had not delivered 40 percent of the total number of cars requested by [Emerson] during the complaint period.

From this understanding of the Act and these facts, the Agency concluded that “CN breached its level of service obligations to [Emerson] over the complaint period” (at para. 70).

[92] The Agency’s approach to subsection 113(1) was to look at the situation globally, alive to all the circumstances of the case, and to assess overall whether CN had fulfilled its obligations under the Act over a period of time, bearing in mind that, in the words of *Patchett*, those obligations are “permeated with reasonableness.” This approach is supportable on the wording of subsection 113(1) as understood under the *Patchett* standard. The wording of subsection 113(1) does not require the sort of week-by-week examination that CN has urged upon us. A global examination of whether the carrier has fulfilled its obligations may have much to commend it where, as here, cars are being ordered and delivered every week and shortfalls are periodically occurring.

[93] Overall, in this case, the Agency reached factually suffused conclusions founded upon the evidentiary record and readings of subsection 113(1) of the Act consistent with an acceptable interpretation of the provision and the Supreme Court’s decision in *Patchett*. CN has not demonstrated that the Agency’s decision suffers from the sort of indefensible flaw or blatant mischaracterization that struck at the foundation of its decision in *Viterra*, above. For the foregoing reasons, the Agency’s decision in this case is acceptable and defensible on the facts and the law and, thus, reasonable.

C. Proposed disposition

[94] I would dismiss the appeal with costs.

“David Stratas”

J.A.

“I agree
Johanne Gauthier J.A.”

“I agree
Mary J.L. Gleason J.A.”

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET:

A-468-15

**APPEAL FROM THE CONFIDENTIAL DECISION OF THE CANADIAN
TRANSPORTATION AGENCY DATED JULY 10, 2015, NO. 14-06408**

STYLE OF CAUSE:

CANADIAN NATIONAL
RAILWAY COMPANY v.
EMERSON MILLING INC. AND
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

PLACE OF HEARING:

VANCOUVER, BRITISH
COLUMBIA

DATE OF HEARING:

SEPTEMBER 19, 2016

REASONS FOR JUDGMENT BY:

STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY:

GAUTHIER J.A.
GLEASON J.A.

DATED:

APRIL 18, 2017

APPEARANCES:

Douglas C. Hodson, Q.C.
Ryan Lepage

FOR THE APPELLANT

Forrest Hume
John Landry
Monique Evans

FOR THE RESPONDENT,
EMERSON MILLING INC.

John Dodsworth

FOR THE RESPONDENT,
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

SOLICITORS OF RECORD:

MacPherson Leslie & Tyerman LLP
Saskatoon, Saskatchewan

DLA Piper (Canada) LLP
Vancouver, British Columbia

Canadian Transportation Agency
Gatineau, Quebec

FOR THE APPELLANT

FOR THE RESPONDENT,
EMERSON MILLING INC.

FOR THE RESPONDENT,
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

TAB 5

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20191016

Docket: A-48-19

Citation: 2019 FCA 254

**CORAM: STRATAS J.A.
LASKIN J.A.
MACTAVISH J.A**

BETWEEN:

CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY

Appellant

and

**CORPORATION OF THE CITY OF CAMBRIDGE AND
THE CORPORATION OF THE CITY OF KITCHENER**

Respondents

Heard at Toronto, Ontario, on October 16, 2019.
Judgment delivered from the Bench at Toronto, Ontario, on October 16, 2019.

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY:

STRATAS J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20191016

Docket: A-48-19

Citation: 2019 FCA 254

**CORAM: STRATAS J.A.
LASKIN J.A.
MACTAVISH J.A**

BETWEEN:

CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY

Appellant

and

**CORPORATION OF THE CITY OF CAMBRIDGE AND
THE CORPORATION OF THE CITY OF KITCHENER**

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT
(Delivered from the Bench at Toronto, Ontario, on October 16, 2019).

STRATAS J.A.

[1] This is an appeal from the decision dated June 14, 2018 of the Canadian Transportation Agency: Decision No. 40-R-2018. The Agency authorized the construction of a grade-separated road crossing under subsection 101(3) of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10.

[2] The only aspect of the decision before this Court is the Agency's apportionment of costs of the grade-separated road crossing under subsection 101(4) of the *Canada Transportation Act* and subsection 16(4) of the *Railway Safety Act*, R.S.C. 1985, c. 32 (4th Supp.). The appellant submits that the Agency incorrectly interpreted and applied subsection 16(4) of the Act in considering the relative benefits that each party stands to gain from the road crossing.

[3] In our view, in reality the appellant does not take issue with the interpretation of subsection 16(4) of the Act but rather challenges the Agency's application of the subsection to the particular facts of the case, a factually suffused question of mixed fact and law. It is not the sort of pure question of law that this Court can entertain under subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act*. The Agency itself considered the determinative issue before it to be one of weighing the respective benefits that the parties would realize from the grade-separated crossing (at para. 121).

[4] The appellant submits that the Agency erred in law in assessing relative benefits under subsection 16(4) of the Act by comparing the benefits of the grade separation to those of an at-grade crossing which it concluded would be unsuitable. The appellant also submits that the Agency has used different comparators in assessing benefits to the appellant and the respondents. We do not see these as unreasonable interpretations and applications of the subsection.

[5] The appellant also submits that the Agency failed to consider a relevant factor set out in an Agency policy document or guideline, namely that the costs of a grade-separated road crossing on a new route are normally paid in full by the party deciding to construct the new

route. As a matter of law, the policy document does not have the force of law nor does it bind. Even if the Agency did not follow it, it would not give rise to a legal error. On the very terms of the policy document, this factor is not mandatory; on the facts of a case, it may be departed from: *Apportionment of Costs of Grade Separations: A Resource Tool* (Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, Canada, 2011) at p. 1. And again here, we do not consider there to be a pure question of law that this Court can entertain under subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act*.

[6] The appellant submits that the Agency denied it procedural fairness by not giving adequate reasons for not applying the policy document. Procedural fairness can be entertained as a question of law under subsection 41(1) of the *Canada Transportation Act*: *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573. However, adequacy of reasons is not a stand-alone ground of review: *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708. *Newfoundland Nurses* also instructs us that the reasons are to be viewed in light of the record. The Board's reasons are best regarded as its bottom-line conclusion as to which factors, on the evidence, were determinative in this particular case.

[7] Overall, the appellant parses the Agency's reasons quite closely. The Supreme Court has instructed us under the deferential reasonableness standard not to parse reasons as if we were on a "treasure hunt for error": *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 at para. 54. The appellant has not persuaded us that analysis missing from the Agency's reasons is due to a

misapprehension of its statute. Gaps in a decision-maker's reasons can be due to innocent distillation and synthesis of the evidence and points made before it. See, e.g., *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344 at para. 69.

[8] Therefore, the appeal will be dismissed with costs.

"David Stratas"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-48-19

**APPEAL FROM A DECISION OF THE CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY
DATED JUNE 14, 2018, CTA FILE NO. 40-R-2018**

STYLE OF CAUSE: CANADIAN PACIFIC RAILWAY
COMPANY v. CORPORATION OF
THE CITY OF CAMBRIDGE,
AND THE CORPORATION OF
THE CITY OF KITCHENER

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: OCTOBER 16, 2019

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY: STRATAS J.A.
LASKIN J.A.
MACTAVISH J.A.

DELIVERED FROM THE BENCH BY: STRATAS J.A.

APPEARANCES:

Nicole Henderson
Anne Drost

FOR THE APPELLANT

Kenneth R. Peel

FOR THE RESPONDENTS

Kevin Shaar

FOR THE CANADIAN
TRANSPORTATION AGENCY

SOLICITORS OF RECORD:

Blake, Cassels & Graydon LLP
Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

Kenneth R. Peel
Toronto, Ontario

FOR THE RESPONDENTS

TAB 6

Date: 20081104

Docket: A-13-08

Citation: 2008 FCA 344

**CORAM: NOËL J.A.
NADON J.A.
PELLETIER J.A.**

BETWEEN:

**CHC GLOBAL OPERATIONS,
A DIVISION OF CHC HELICOPTERS INTERNATIONAL INC.**

Applicant

and

GLOBAL HELICOPTER PILOTS ASSOCIATION

Respondent

Heard at Vancouver, British Columbia, on November 4, 2008.

Judgment delivered from the Bench at Vancouver, British Columbia, on November 4, 2008.

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY:

PELLETIER J.A.

Date: 20081104

Docket: A-13-08

Citation: 2008 FCA 344

**CORAM: NOËL J.A.
NADON J.A.
PELLETIER J.A.**

BETWEEN:

**CHC GLOBAL OPERATIONS,
A DIVISION OF CHC HELICOPTERS INTERNATIONAL INC.**

Applicant

and

GLOBAL HELICOPTER PILOTS ASSOCIATION

Respondent

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT

(Delivered from the Bench at Vancouver, British Columbia, on November 4, 2008)

PELLETIER J.A.

[1] These reasons will be filed as reasons for judgment in docket nos. A-13-08 and A-151-08.

[2] The jurisprudence of this Court is clear that appeals from interlocutory decisions should not be entertained save in exceptional circumstances. As we decided in *Prince Rupert Grain Ltd. v.*

Grain Workers' Union, Local 333, 2005 FCA 401, [2005] F.C.J. No. 2055 at paragraph 5, the mere

fact that the impugned decision raises or purports to raise a jurisdictional issue is not, in itself, an exceptional circumstance.

[3] Even if one accepts Mr. Fairweather's proposition that the Canada Industrial Relations Board has made a final decision, it does not follow that we should intervene. The policy reasons which underlie the practice of declining to hear appeals from interlocutory decisions do not turn on whether the decision is right or wrong. Justice is better served if the tribunal below is allowed to complete its work (see paragraph 2 of *Prince Rupert Grain Ltd., supra*) so that appeals to this Court can proceed on the basis that all contested issues can be reviewed in one hearing on the basis of a comprehensive record.

[4] For these reasons, we are of the view that we should not intervene at this time and that both appeals should be dismissed with costs.

"J.D. Denis Pelletier"

J.A.

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-13-08

STYLE OF CAUSE: CHC GLOBAL OPERATIONS V.
GLOBAL HELICOPTER PILOTS
ASSOCIATION

PLACE OF HEARING: Vancouver, British Columbia

DATE OF HEARING: November 4, 2008

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY: NOËL J.A.
NADON J.A.
PELLETIER J.A.

DELIVERED FROM THE BENCH BY: PELLETIER J.A.

APPEARANCES:

Paul Fairweather
Scott McCann

FOR THE APPLICANT

Douglas J. Wray

FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Harris & Company LLP
Vancouver, B.C.

FOR THE APPLICANT

Caley Wray
Toronto, Ontario

FOR THE RESPONDENT

TAB 7

***Council of Canadians with Disabilities, v Via Rail Canada Inc., 2007 SCC 15,
CLA Vol 3, Tab 16.***

Council of Canadians with Disabilities *Appellant*

v.

VIA Rail Canada Inc. *Respondent*

and

Canadian Transportation Agency, Canadian Human Rights Commission, Ontario Human Rights Commission, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Manitoba Human Rights Commission, Saskatchewan Human Rights Commission, Transportation Action Now, Alliance for Equality of Blind Canadians, Canadian Association for Community Living, Canadian Hard of Hearing Association, Canadian Association of Independent Living Centres and DisAbled Women's Network Canada *Interveners*

INDEXED AS: COUNCIL OF CANADIANS WITH DISABILITIES v. VIA RAIL CANADA INC.

Neutral citation: 2007 SCC 15.

File No.: 30909.

2006: May 19; 2007: March 23.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Transportation law — Railways — Duty to accommodate passengers with disabilities — VIA Rail purchasing rail cars — Canadian Transportation Agency ordering VIA Rail to modify 13 economy coach cars and 17 service cars to make them personal wheelchair accessible — Whether accommodation imposing undue hardship on VIA Rail — Whether Agency's decision ordering VIA Rail to retrofit some of its newly purchased cars patently

Conseil des Canadiens avec déficiences *Appelant*

c.

VIA Rail Canada Inc. *Intimée*

et

Office des transports du Canada, Commission canadienne des droits de la personne, Commission ontarienne des droits de la personne, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Commission des droits de la personne du Manitoba, Saskatchewan Human Rights Commission, Transportation Action Now, Alliance pour l'égalité des personnes aveugles du Canada, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Association des malentendants canadiens, Association canadienne des centres de vie autonome et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CONSEIL DES CANADIENS AVEC DÉFICIENCES c. VIA RAIL CANADA INC.

Référence neutre : 2007 CSC 15.

N° du greffe : 30909.

2006 : 19 mai; 2007 : 23 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit des transports — Chemins de fer — Obligation d'accueillir les voyageurs ayant une déficience — Achat de voitures de chemin de fer par VIA Rail — Office des transports du Canada ordonnant à VIA Rail de modifier 13 voitures-coach de la classe économique et 17 voitures de service afin de les rendre accessibles aux fauteuils roulants personnels — Cette mesure d'accommodement impose-t-elle une contrainte excessive à

expertise outside the mandate conferred on it by Parliament.

The human rights issues the Agency is called upon to address arise in a particular — and particularly complex — context: the federal transportation system. The *Canada Transportation Act* is highly specialized regulatory legislation with a strong policy focus. The scheme and object of the Act are the oxygen the Agency breathes. When interpreting the Act, including its human rights components, the Agency is expected to bring its transportation policy knowledge and experience to bear on its interpretations of its assigned statutory mandate: *Pushpanathan*, at para. 26.

The allegedly jurisdictional determination the Agency was being asked to make, like the “undue-ness” inquiry, falls squarely within its statutory mandate. It did not involve answering a legal question beyond its expertise, but rather requires the Agency to apply its expertise to the legal issue assigned to it by statute. The Agency, and not a reviewing court, is best placed to determine whether the Agency may exercise its discretion to make a regulation for the purpose of eliminating an undue obstacle to the mobility of persons with disabilities — a determination on which the Agency’s jurisdiction to entertain applications depends.

The Agency is responsible for interpreting its own legislation, including what that statutory responsibility includes. The Agency made a decision with many component parts, each of which fell squarely and inextricably within its expertise and mandate. It was therefore entitled to a single, deferential standard of review.

In any situation where deference is due, “there will often be no single right answer to the

indéniablement un aspect « droits de la personne ». Cependant, cela n’a pas pour effet d’exclure du mandat que le législateur a confié à l’Office les questions de savoir quand et comment ce tribunal administratif doit mettre à profit son expertise en matière de droits de la personne.

Les questions de droits de la personne que l’Office est appelé à examiner se posent dans un contexte particulier et particulièrement complexe, celui du système de transport fédéral. La *Loi sur les transports au Canada* est une loi de nature réglementaire hautement spécialisée qui est axée sur de solides considérations de politique générale. L’économie et l’objet de la Loi sont l’oxygène de l’Office. Lorsqu’il interprète la Loi, y compris ses éléments relatifs aux droits de la personne, l’Office est censé mettre à profit sa connaissance et son expérience de la politique des transports pour comprendre le mandat qui lui est confié par cette loi : *Pushpanathan*, par. 26.

Tout comme l’enquête sur le « caractère abusif », la soi-disant décision en matière de compétence que l’Office devait rendre relève clairement du mandat que lui confie la Loi. Cela ne signifiait pas qu’il devait répondre à une question de droit dépassant son expertise, mais plutôt qu’il devait mettre à profit son expertise pour résoudre la question de droit qui lui était soumise. C’est l’Office, et non la cour de révision, qui est le mieux placé pour décider s’il peut exercer son pouvoir discrétionnaire de prendre un règlement afin d’éliminer un obstacle abusif aux possibilités de déplacement des personnes ayant une déficience — la compétence de l’Office pour instruire des demandes étant elle-même fonction de cette décision.

L’Office est chargé d’interpréter ses propres dispositions législatives, y compris ce en quoi consiste cette responsabilité que lui confie la Loi. La décision qu’il a rendue comportait plusieurs parties, chacune d’elles relevant clairement et inextricablement de son domaine d’expertise et de son mandat. Elle commandait donc l’application d’une seule norme de contrôle faisant appel à la déférence.

Chaque fois qu’il faut faire preuve de déférence, « il y a souvent plus d’une seule bonne réponse aux

98

99

100

101

TAB 8

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,
Leah Gardner, Terry Joudrey and
Congress of Aboriginal Peoples** *Appellants/
Respondents on cross-appeal*

v.

**Her Majesty The Queen
as represented by the
Minister of Indian Affairs and
Northern Development and
Attorney General of Canada** *Respondents/
Appellants on cross-appeal*

and

**Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Native Council of Nova Scotia,
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,
Native Council of Prince Edward Island,
Metis Settlements General Council,
Te'mexw Treaty Association,
Métis Federation of Canada,
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,
Chiefs of Ontario,
Gift Lake Métis Settlement,
Native Alliance of Quebec,
Assembly of First Nations and
Métis National Council** *Interveners*

**INDEXED AS: DANIELS v. CANADA (INDIAN AFFAIRS
AND NORTHERN DEVELOPMENT)**

2016 SCC 12

File No.: 35945.

2015: October 8; 2016: April 14.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and
Brown JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

*Constitutional law — Aboriginal law — Métis — Non-
status Indians — Whether declaration should be issued*

**Harry Daniels, Gabriel Daniels,
Leah Gardner, Terry Joudrey et
Congrès des peuples autochtones** *Appellants/
Intimés au pourvoi incident*

c.

**Sa Majesté la Reine
représentée par le ministre des
Affaires indiennes et du
Nord canadien et procureur général
du Canada** *Intimés/Appellants au
pourvoi incident*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Native Council of Nova Scotia,
New Brunswick Aboriginal Peoples Council,
Native Council of Prince Edward Island,
Metis Settlements General Council,
Te'mexw Treaty Association,
Fédération Métisse du Canada,
Aseniwuche Winewak Nation of Canada,
Chiefs of Ontario,
Gift Lake Métis Settlement,
Alliance autochtone du Québec,
Assemblée des Premières Nations et
Ralliement national des Métis** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : DANIELS c. CANADA (AFFAIRES
INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)**

2016 CSC 12

N° du greffe : 35945.

2015 : 8 octobre; 2016 : 14 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit constitutionnel — Droit des Autochtones — Mé-
tis — Indiens non inscrits — Y a-t-il lieu de rendre un*

that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of Constitution Act, 1867 — Whether declaration would have practical utility — Whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to definitional criteria set out in R. v. Powley, [2003] 2 S.C.R. 207 — Constitution Act, 1867, s. 91(24) — Constitution Act, 1982, s. 35.

Three declarations are sought in this case: (1) that Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*; (2) that the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and (3) that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with.

The trial judge’s conclusion was that “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada. He declined, however, to grant the second and third declarations. The Federal Court of Appeal accepted that “Indians” in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It upheld the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. It also declined to grant the second and third declarations. The appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, and asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. It conceded that non-status Indians are “Indians” under s. 91(24).

Held: The first declaration should be granted: Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24). The appeal should therefore be allowed in part. The Federal Court of Appeal’s conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, should be set aside, and the trial judge’s decision restored. The trial judge’s and Federal Court of Appeal’s decision not to grant the second and third declarations should be upheld. The cross-appeal should be dismissed.

jugement déclaratoire selon lequel les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés à l’art. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867? — Un jugement déclaratoire aurait-il une utilité pratique? — Y a-t-il lieu, pour l’application de l’art. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Trois jugements déclaratoires sont demandés en l’espèce, lesquels portent respectivement : (1) que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; (2) que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits; (3) que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à la tenue de consultations et de négociations.

Le juge de première instance a estimé que le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens. Il a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. La Cour d’appel fédérale a reconnu que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a confirmé le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint sa portée afin d’exclure les Indiens non inscrits et d’inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l’arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Elle a également refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés. Devant la Cour, les appelants ont sollicité le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu’il a été rendu par le juge de première instance, et ont demandé que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu’aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Elle a concédé que les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24).

Arrêt : Le premier jugement déclaratoire est accordé : les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le pourvoi est donc accueilli en partie. La conclusion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s’appliquer qu’aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l’arrêt *Powley* est annulée, et la décision du juge de première instance est rétablie. La décision du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale de ne pas rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés est confirmée. Le pourvoi incident est rejeté.

A declaration can only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties. The first declaration, whether non-status Indians and Métis are “Indians” under s. 91(24), would have enormous practical utility for these two groups who have found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution. A declaration would guarantee both certainty and accountability. Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences. While finding Métis and non-status Indians to be “Indians” under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war.

There is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples. “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis.

As well, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”, and included them in other exercises of federal authority over “Indians”, such as sending many Métis to Indian Residential Schools — a historical wrong for which the federal government has since apologized. Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), s. 35 of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court has noted that ss. 35 and 91(24) should be read together. “Indians” in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of

Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties. Le premier jugement déclaratoire demandé, à savoir que les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), aurait une utilité pratique considérable pour ces deux groupes, lesquels ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois certitude et responsabilité. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui a des conséquences défavorables importantes et évidentes. Bien que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, une telle conclusion a indéniablement l’effet bénéfique de mettre fin au bras de fer sur la question de la compétence législative.

Il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones. Le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis.

D’ailleurs, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens », et les a inclus dans l’exercice de sa compétence sur les « Indiens », par exemple en envoyant de nombreux Métis dans des pensionnats indiens, un tort du passé pour lequel il a depuis présenté ses excuses. De plus, bien qu’il ne définisse pas la portée du par. 91(24), l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l’application de la Constitution. La Cour a souligné que l’art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement. Le terme « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui

Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. It would be constitutionally anomalous for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). It demonstrates that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). The fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24). Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future.

As to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the three definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether the membership base should be broader, there is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding certain Métis from Parliament’s protective authority on the basis of the third criterion, a “community acceptance” test. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose.

The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, as well as the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

The historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis. The first declaration should accordingly be granted.

de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Il serait anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Elle montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24). La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur.

Relativement à la question de savoir s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux trois critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt élargir les critères d’appartenance, il n’existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement certains Métis de la protection qu’offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base du troisième critère, soit celui requérant leur « acceptation par la collectivité ». Les critères de l’arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l’application de l’art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent.

Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, de même que le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* et le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec *l’ensemble* des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

Les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis. Il y a donc lieu d’accorder le premier jugement déclaratoire demandé.

Federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. As this Court has recognized, courts should favour, where possible, the operation of statutes enacted by both levels of government.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; **considered:** *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; **referred to:** *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Lovelace v. Ontario*, 2000 SCC 37, [2000] 1 S.C.R. 950; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 56, [2011] 3 S.C.R. 535; *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, 2011 SCC 37, [2011] 2 S.C.R. 670; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257.

Statutes and Regulations Cited

Act further to amend “The Indian Act”, S.C. 1894, c. 32.
Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands, S.C. 1868, c. 42.
Act to amend the Indian Act, S.C. 1958, c. 19.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, ss. 35, 37, 37.1.

Le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application des lois édictées par les deux ordres de gouvernement.

Jurisprudence

Distinction d’avec les arrêts : *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; **arrêts examinés :** *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; **arrêts mentionnés :** *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Lovelace c. Ontario*, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur general)*, 2011 CSC 56, [2011] 3 R.C.S. 535; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257.

Lois et règlements cités

Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages, S.C. 1894, c. 32.
Acte des Sauvages, 1876, S.C. 1876, c. 18.
Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’Etat du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance, S.C. 1868, c. 42.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44.

Game and Fish Act, R.S.O. 1990, c. G.1.
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 43.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Indian Act, 1876, S.C. 1876, c. 18.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 8).
Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14.

Authors Cited

Bell, Catherine. “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 2010.
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*. August 1980.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength*. Ottawa: The Commission, 1996.
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*. Winnipeg: The Commission, 2015.
 Canada. Truth and Reconciliation Commission. *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *Canada’s Residential Schools: The Métis Experience*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2015.
 Chartier, Clem. “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences*. Fredericton: New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 37, 37.1.
Loi de 1870 sur le Manitoba, S.C. 1870, c. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 8).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens, S.C. 1958, c. 19.
Loi sur la chasse et la pêche, L.R.O. 1990, c. G.1.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, c. I-6, art. 43.
Metis Settlements Act, R.S.A. 2000, c. M-14.

Doctrine et autres documents cités

Bell, Catherine. « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351.
 Borrows, John. *Canada’s Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010.
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, Winnipeg, La Commission, 2015.
 Canada. Commission de vérité et réconciliation. *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *Pensionnats du Canada : L’expérience métisse*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2015.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement*, Ottawa, La Commission, 1996.
 Canada. Commission to Inquire into the Matters of Membership in the Indian Bands in Lesser Slave Lake Agency. *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/macdonald1947-eng/macdonald1947-eng.htm>).
 Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, Intergovernmental Affairs, Corporate Policy. *Natives and the Constitution — Background and Discussion Paper*, August 1980.
 Chartier, Clem. « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37.
 Gaffney, R. E., G. P. Gould and A. J. Semple. *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences*, Fredericton, New Brunswick Association of Metis and Non-Status Indians, 1984.

Great Britain. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*. London: HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America*. Toronto: Anchor Canada, 2013.

Lyon, Noel. "Constitutional Issues in Native Law", in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed. Ottawa: Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. "Who are the Aboriginal People of Canada?", in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. "Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis" (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Dawson and Trudel J.J.A.), 2014 FCA 101, [2014] 4 F.C.R. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] F.C.J. No. 383 (QL), 2014 CarswellNat 1076 (WL Can.), setting aside in part a decision of Phelan J., 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] F.C.J. No. 4 (QL), 2013 CarswellNat 8 (WL Can.). Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed.

Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan and Lindsay Scott, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Mark R. Kindrachuk, Q.C., Christopher M. Rupar and Shauna K. Bedingfield, for the respondents/appellants on cross-appeal.

P. Mitch McAdam, Q.C., for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Angela Edgington and Neil Dobson, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Grande-Bretagne. House of Commons. Select Committee on the Hudson's Bay Company. *Report from the Select Committee on the Hudson's Bay Company; Together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence, Appendix and Index*, London, HMSO, 1858.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

King, Thomas. *L'Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d'Amérique du Nord*, trad. par Daniel Poliquin, Montréal, Éditions du Boréal, 2014.

Lyon, Noel. « Constitutional Issues in Native Law », in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, rev. 1st ed., Ottawa, Carleton University Press, 1989, 408.

Magnet, Joseph Eliot. « Who are the Aboriginal People of Canada? », in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2003, 23.

Stevenson, Mark. « Section 91(24) and Canada's Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Dawson et Trudel), 2014 CAF 101, [2014] 4 R.C.F. 97, 371 D.L.R. (4th) 725, 457 N.R. 347, [2014] 3 C.N.L.R. 139, 309 C.R.R. (2d) 200, [2014] A.C.F. n° 383 (QL), 2014 CarswellNat 1077 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Phelan, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, 357 D.L.R. (4th) 47, 426 F.T.R. 1, [2013] 2 C.N.L.R. 61, [2013] A.C.F. n° 4 (QL), 2013 CarswellNat 9 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté.

Joseph Eliot Magnet, Andrew K. Lokan et Lindsay Scott, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Mark R. Kindrachuk, c.r., Christopher M. Rupar et Shauna K. Bedingfield, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.

P. Mitch McAdam, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Angela Edgington et Neil Dobson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Written submissions only by *D. Bruce Clarke, Q.C.*, for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island.

Garry Appelt and Keltie Lambert, for the intervener the Metis Settlements General Council.

Written submissions only by *Robert J. M. Janes and Elin R. S. Sigurdson*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Christopher G. Devlin, John Gailus and Cynthia Westaway, for the intervener the Métis Federation of Canada.

Karey M. Brooks and Claire Truesdale, for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

Scott Robertson, for the intervener the Chiefs of Ontario.

Paul Seaman and Maxime Faille, for the intervener the Gift Lake Métis Settlement.

Marc Watters and Lina Beaulieu, for the intervener the Native Alliance of Quebec.

Guy Régimbald and Jaimie Lickers, for the intervener the Assembly of First Nations.

Jason T. Madden, Clément Chartier, Q.C., Kathy Hodgson-Smith and Marc Leclair, for the intervener the Métis National Council.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — As the curtain opens wider and wider on the history of Canada's relationship with its Indigenous peoples, inequities are increasingly revealed and remedies urgently sought. Many revelations have resulted in good faith policy and legislative responses, but the list of disadvantages remains robust. This case represents another chapter in the

Argumentation écrite seulement par *D. Bruce Clarke, c.r.*, pour les intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island.

Garry Appelt et Keltie Lambert, pour l'intervenant Metis Settlements General Council.

Argumentation écrite seulement par *Robert J. M. Janes et Elin R. S. Sigurdson*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Christopher G. Devlin, John Gailus et Cynthia Westaway, pour l'intervenante la Fédération Métisse du Canada.

Karey M. Brooks et Claire Truesdale, pour l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada.

Scott Robertson, pour l'intervenant Chiefs of Ontario.

Paul Seaman et Maxime Faille, pour l'intervenant Gift Lake Métis Settlement.

Marc Watters et Lina Beaulieu, pour l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec.

Guy Régimbald et Jaimie Lickers, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Jason T. Madden, Clément Chartier, c.r., Kathy Hodgson-Smith et Marc Leclair, pour l'intervenant le Ralliement national des Métis.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — À mesure que le rideau continue de se lever sur l'histoire des relations entre le Canada et ses peuples autochtones, de plus en plus d'iniquités se font jour et des réparations sont instamment réclamées. Bon nombre de ces révélations ont donné lieu à des politiques et à des mesures législatives prises de bonne foi, mais la liste

pursuit of reconciliation and redress in that relationship.

des désavantages pour les peuples autochtones demeure obstinément longue. Le présent pourvoi représente un autre chapitre dans la quête de réconciliation et de réparation à l’égard de ces relations.

Background

Contexte

[2] Three declarations were sought by the plaintiffs when this litigation was launched in 1999:

[2] Lorsque la présente poursuite a été intentée en 1999, les demandeurs ont sollicité trois jugements déclaratoires portant respectivement :

1. That Métis and non-status Indians are “Indians” under s. 91(24);
2. That the federal Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians; and
3. That Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

1. que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24);
2. que la Couronne fédérale a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits;
3. que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[3] Section 91(24) of the *Constitution Act, 1867* states that

[3] Le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est rédigé en ces termes :

91. . . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated . . .

91. . . . il est par la présente déclaré que [. . .] l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés . . .

24. Indians, and Lands reserved for the Indians.

24. Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens.

[4] The trial judge, Phelan J., made a number of key factual findings in his thoughtful and thorough reasons.¹ As early as 1818, the government used “Indian” as a general term to refer to communities of mixed Aboriginal and European background. The federal government considered Métis to be “Indians” in various treaties and pre-Confederation statutes, and considered Métis to be “Indians” under s. 91(24) in various statutes and policy initiatives spanning from Confederation to modern day. Moreover, the

[4] Le juge de première instance, le juge Phelan, a tiré un certain nombre de conclusions de fait cruciales dans des motifs étoffés et mûrement réfléchis¹. Déjà en 1818, le gouvernement utilisait le mot « Indien » comme terme générique pour désigner les collectivités d’ascendance mixte autochtone et européenne. En effet, le gouvernement fédéral a considéré les Métis comme des « Indiens » dans divers traités et textes de loi antérieurs à la Confédération, et comme des « Indiens » visés au par. 91(24) dans

¹ [2013] 2 F.C.R. 268.

¹ [2013] 2 R.C.F. 268.

purpose of s. 91(24) was closely related to the expansionist goals of Confederation. The historical and legislative evidence shows that expanding the country across the West was one of the primary goals of Confederation. Building a national railway was a key component of this plan.

[5] Accordingly, the purposes of s. 91(24) were “to control Native people and communities where necessary to facilitate development of the Dominion; to honour the obligations to Natives that the Dominion inherited from Britain . . . [and] eventually to civilize and assimilate Native people”: para. 353. Since much of the North-Western Territory was occupied by Métis, only a definition of “Indians” in s. 91(24) that included “a broad range of people sharing a Native hereditary base” (para. 566) would give Parliament the necessary authority to pursue its agenda.

[6] His conclusion was that in its historical, philosophical, and linguistic contexts, “Indians” under s. 91(24) is a broad term referring to all Indigenous peoples in Canada, including non-status Indians and Métis.

[7] He found that since neither the federal nor provincial governments acknowledged that they had jurisdiction over Métis and non-status Indians, the declaration would alleviate the constitutional uncertainty and the resulting denial of material benefits. There was therefore practical utility to the first declaration being granted, namely, that Métis and non-status Indians are included in what is meant by “Indians” in s. 91(24). He did not restrict the definition of either group.

[8] He declined, however, to grant the second and third declarations on the grounds that they were vague and redundant. It was already well established in Canadian law that the federal government

diverses lois et politiques depuis la Confédération jusqu’à aujourd’hui. De plus, l’objet du par. 91(24) était étroitement lié aux objectifs d’expansion territoriale de la Confédération. La preuve historique et législative démontre que l’expansion du pays vers l’Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération. La construction d’un chemin de fer national était une composante essentielle de ce plan.

[5] L’objet du par. 91(24) consistait donc à « exercer, au besoin, un contrôle sur les peuples et les collectivités autochtones, pour faciliter le développement du Dominion », à « honorer les obligations à l’égard des Autochtones que le Dominion avait héritées de la Grande-Bretagne », et, « ultérieurement, [à] civiliser et [à] assimiler les Autochtones » (par. 353). Comme une grande partie des terres du Territoire du Nord-Ouest étaient occupées par les Métis, seule une définition du mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) qui englobait « un grand éventail de gens ayant en commun leur ascendance autochtone » (par. 566) conférerait au Parlement le pouvoir nécessaire pour poursuivre ses objectifs.

[6] Le juge de première instance a estimé que, dans ses contextes historique, philosophique et linguistique, le mot « Indiens » au par. 91(24) est un terme général faisant référence à tous les peuples autochtones canadiens, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[7] Il a conclu que, comme ni le gouvernement fédéral ni les gouvernements provinciaux n’ont reconnu avoir compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits, le premier jugement déclaratoire demandé atténuerait l’incertitude constitutionnelle et le déni d’avantages matériels qui résulte de cette situation. Le fait de rendre ce premier jugement déclaratoire, à savoir que les Métis et les Indiens non inscrits peuvent être considérés comme des « Indiens » visés au par. 91(24), présentait donc une utilité pratique. Il n’a pas restreint la définition de l’un ou l’autre groupe.

[8] Le juge de première instance a toutefois refusé de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés au motif qu’ils seraient vagues et redondants. Il est déjà bien établi en droit canadien

was in a fiduciary relationship with Canada's Aboriginal peoples and that the federal government had a duty to consult and negotiate with them when their rights were engaged. Restating this in declarations would be of no practical utility.

[9] The Federal Court of Appeal accepted the trial judge's findings of fact, including that "Indians" in s. 91(24) included all Indigenous peoples generally. It therefore upheld the trial judge's decision to grant the first declaration, but narrowed its scope to exclude non-status Indians and include only those Métis who satisfied the three criteria from *R. v. Powley*, [2003] 2 S.C.R. 207. While it was of the view that non-status Indians were clearly "Indians", setting this out in a declaration would be redundant and of no practical usefulness. For the same reasons as the trial judge, it declined to grant the second and third declarations.

[10] Before this Court, the appellants sought to restore the first declaration as granted by the trial judge, not as restricted by the Federal Court of Appeal. In addition, they asked that the second and third declarations be granted. The Crown cross-appealed, arguing that none of the declarations should be granted. For the following reasons, I agree generally with the trial judge.

Analysis

[11] This Court most recently restated the applicable test for when a declaration should be granted in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44. The party seeking relief must establish that the court has jurisdiction to hear the issue, that the question is real and not theoretical, and that the party raising the issue has a genuine interest in its resolution. A declaration can only be

qu'il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et le gouvernement fédéral, et que ce dernier a le devoir de les consulter et de négocier avec eux lorsque leurs droits sont en jeu. Le réaffirmer dans des jugements déclaratoires n'aurait aucune utilité pratique.

[9] La Cour d'appel fédérale a accepté les conclusions de fait du juge de première instance, et notamment que le terme « Indiens » au par. 91(24) visait tous les peuples autochtones en général. Elle a en conséquence confirmé la décision de ce dernier de rendre le premier jugement déclaratoire, mais elle a restreint la portée de ce jugement afin d'exclure les Indiens non inscrits et d'inclure seulement les Métis qui répondent aux trois critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207. Bien que d'avis que les Indiens non inscrits constituent clairement des « Indiens », la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il serait redondant et dénué d'utilité pratique de le réaffirmer dans un jugement déclaratoire. Pour les mêmes motifs que ceux du juge de première instance, elle a refusé de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires demandés.

[10] Devant notre Cour, les appelants sollicitent le rétablissement du premier jugement déclaratoire tel qu'il a été rendu par le juge de première instance, et non tel qu'il a été restreint par la Cour d'appel fédérale. De plus, ils demandent que soient prononcés les deuxième et troisième jugements déclaratoires. La Couronne a interjeté un pourvoi incident, dans lequel elle fait valoir qu'aucun des jugements déclaratoires ne devrait être accordé. Pour les motifs qui suivent, je partage de façon générale le point de vue du juge de première instance.

Analyse

[11] Dans le plus récent des arrêts sur le sujet, *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44, notre Cour a reformulé le critère permettant de déterminer si un jugement déclaratoire devrait être rendu. La partie qui demande réparation doit établir que le tribunal a compétence pour entendre le litige, que la question en cause est réelle et non pas simplement théorique et que la partie qui soulève la

granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a “live controversy” between the parties: see also *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342.

[12] The first disputed issue in this case is whether the declarations would have practical utility. There can be no doubt, in my respectful view, that granting the first declaration meets this threshold. Delineating and assigning constitutional authority between the federal and provincial governments will have enormous practical utility for these two groups who have, until now, found themselves having to rely more on noblesse oblige than on what is obliged by the Constitution.

[13] Both federal and provincial governments have, alternately, denied having legislative authority over non-status Indians and Métis. As the trial judge found, when Métis and non-status Indians have asked the federal government to assume legislative authority over them, it tended to respond that it was precluded from doing so by s. 91(24). And when Métis and non-status Indians turned to provincial governments, they were often refused on the basis that the issue was a federal one.

[14] This results in these Indigenous communities being in a jurisdictional wasteland with significant and obvious disadvantaging consequences, as was recognized by Phelan J.:

One of the results of the positions taken by the federal and provincial governments and the “political football — buck passing” practices is that financially [Métis and non-status Indians] have been deprived of significant funding for their affairs. . . .

question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue. Un jugement déclaratoire ne peut être rendu que s’il a une utilité pratique, c’est-à-dire s’il règle un « litige actuel » entre les parties (voir également *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342).

[12] La première question litigieuse en l’espèce consiste à se demander si les jugements déclaratoires demandés auraient une utilité pratique. À mon humble avis, il ne fait aucun doute que le premier jugement sollicité satisfait à ce critère. La délimitation des pouvoirs constitutionnels et leur attribution au gouvernement fédéral ou aux gouvernements provinciaux présenteront une utilité pratique considérable pour ces deux groupes qui, jusqu’à maintenant, ont dû compter davantage sur une forme de « Noblesse oblige » que sur le respect des obligations imposées par la Constitution.

[13] Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont tour à tour nié avoir le pouvoir de légiférer à l’égard des Indiens non inscrits et des Métis. Comme l’a conclu le juge de première instance, quand les Métis et les Indiens non inscrits demandent au gouvernement fédéral d’assumer compétence législative à leur égard, celui-ci tend généralement à répondre que le par. 91(24) l’empêche de le faire. Et lorsque ces groupes s’adressent aux gouvernements provinciaux, ces derniers leur opposent souvent un refus au motif que la question relève du champ de compétence fédéral.

[14] Ces collectivités autochtones se retrouvent donc dans une sorte de désert juridique sur le plan de la compétence législative, situation qui, comme l’a reconnu le juge Phelan, a des conséquences défavorables importantes et évidentes :

L’une des conséquences des positions adoptées par le gouvernement fédéral et les gouvernements des provinces, ainsi que des jeux de « ballons politiques » et de « renvoi de balle », était que les [Métis et les Indiens non inscrits] avaient été privés d’une quantité importante d’aide financière pour leurs problèmes. . . .

. . . the political/policy wrangling between the federal and provincial governments has produced a large population of collaterally damaged [Métis and non-status Indians]. They are deprived of programs, services and intangible benefits recognized by all governments as needed. [paras. 107-8]

See also *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, at para. 70.

[15] With federal and provincial governments refusing to acknowledge jurisdiction over them, Métis and non-status Indians have no one to hold accountable for an inadequate status quo. The Crown's argument, however, was that since a finding of jurisdiction under s. 91(24) does not create a duty to legislate, it is inappropriate to answer a jurisdictional question in a legislative vacuum. It is true that finding Métis and non-status Indians to be "Indians" under s. 91(24) does not create a duty to legislate, but it has the undeniably salutary benefit of ending a jurisdictional tug-of-war in which these groups were left wondering about where to turn for policy redress. The existence of a legislative vacuum is self-evidently a reflection of the fact that neither level of government has acknowledged constitutional responsibility. A declaration would guarantee both certainty and accountability, thereby easily reaching the required jurisprudential threshold of offering the tangible practical utility of the resolution of a long-standing jurisdictional dispute.

[16] We are left then to determine whether Métis and non-status Indians are in fact included in the scope of s. 91(24).

[17] There is no consensus on who is considered Métis or a non-status Indian, nor need there be. Cultural and ethnic labels do not lend themselves to neat boundaries. 'Métis' can refer to the historic Métis community in Manitoba's Red River Settlement or it can be used as a general term for anyone with mixed

. . . les querelles politiques et de principes entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont causé des dommages collatéraux à un grand nombre de [Métis et d'Indiens non inscrits]. Ces derniers sont privés de programmes, de services et d'avantages non tangibles que tous les gouvernements reconnaissent comme étant nécessaires. [par. 107-108]

Voir aussi *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, par. 70.

[15] Les gouvernements fédéral et provinciaux refusant tous deux de reconnaître compétence à leur égard, les Métis et les Indiens non inscrits n'ont personne qu'ils peuvent tenir responsable de ce statu quo inopportun. La Couronne prétend toutefois que, comme le fait de conclure qu'elle a compétence en vertu du par. 91(24) ne créerait aucune obligation de légiférer, il n'y a pas lieu de répondre à la question de la compétence dans un contexte de vide législatif. Il est vrai que le fait de conclure que les Métis et les Indiens non inscrits sont des « Indiens » visés au par. 91(24) ne crée aucune obligation de légiférer, mais une telle conclusion a pour effet bénéfique indéniable de mettre fin au bras de fer que se livrent les gouvernements fédéral et provinciaux sur la question de la compétence législative, où ces groupes en sont réduits à se demander vers qui se tourner pour obtenir une réparation gouvernementale. L'existence d'un vide législatif reflète manifestement le fait qu'aucun ordre de gouvernement n'a reconnu sa responsabilité sur le plan constitutionnel. Un jugement déclaratoire garantirait à la fois la certitude et la responsabilité à cet égard, et satisferait ainsi facilement au seuil jurisprudentiel applicable, soit le fait de présenter l'utilité pratique tangible de régler un conflit de compétence de longue date.

[16] Il nous reste donc à déterminer si les Métis et les Indiens non inscrits sont effectivement inclus dans le champ d'application du par. 91(24).

[17] Il n'existe aucun consensus sur la question de savoir qui est considéré comme un Métis ou un Indien non inscrit, et un tel consensus n'est d'ailleurs pas nécessaire. Les étiquettes culturelles et ethniques ne permettent pas d'établir des limites définies. Le mot « Métis » peut renvoyer à la collectivité métisse

European and Aboriginal heritage. Some mixed-ancestry communities identify as Métis, others as Indian:

There is no one exclusive Metis People in Canada, anymore than there is no one exclusive Indian people in Canada. The Metis of eastern Canada and northern Canada are as distinct from Red River Metis as any two peoples can be. . . . As early as 1650, a distinct Metis community developed in LeHeve [*sic*], Nova Scotia, separate from Acadians and Micmac Indians. All Metis are aboriginal people. All have Indian ancestry.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould and A. J. Semple, *Broken Promises: The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), at p. 62, quoted in Catherine Bell, “Who Are The Metis People in Section 35(2)?” (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, at p. 356.)

[18] The definitional contours of ‘non-status Indian’ are also imprecise. Status Indians are those who are recognized by the federal government as registered under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. Non-status Indians, on the other hand, can refer to Indians who no longer have status under the *Indian Act*, or to members of mixed communities who have never been recognized as Indians by the federal government. Some closely identify with their Indian heritage, while others feel that the term Métis is more reflective of their mixed origins.

[19] These definitional ambiguities do not preclude a determination into whether the two groups, however they are defined, are within the scope of s. 91(24). I agree with the trial judge and Federal Court of Appeal that the historical, philosophical, and linguistic contexts establish that “Indians” in s. 91(24) includes *all* Aboriginal peoples, including non-status Indians and Métis.

historique de la colonie de la rivière Rouge au Manitoba, ou encore être utilisé comme terme générique pour désigner quiconque possède des origines mixtes européennes et autochtones. Certaines collectivités d’ascendance mixte se considèrent comme des Métis, d’autres comme des Indiens :

[TRADUCTION] Il n’y a pas qu’un seul peuple métis au Canada, pas plus qu’il n’y a qu’un seul peuple indien au Canada. Les Métis de l’est et du nord du Canada sont aussi distincts des Métis de la rivière Rouge que deux peuples, quels qu’ils soient, peuvent l’être. [. . .] Dès 1650, une collectivité métisse distincte s’est constituée à LeHeve [*sic*], en Nouvelle-Écosse, laquelle se distingue des Acadiens et des Indiens micmacs. Tous les Métis sont des Autochtones. Ils possèdent tous des origines indiennes.

(R. E. Gaffney, G. P. Gould et A. J. Semple, *Broken Promises : The Aboriginal Constitutional Conferences* (1984), p. 62, cité dans Catherine Bell, « Who Are The Metis People in Section 35(2)? » (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 351, p. 356.)

[18] Les contours de la définition du terme « Indien non inscrit » sont également imprécis. Les Indiens inscrits sont ceux que le gouvernement fédéral reconnaît comme étant inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5. En revanche, les Indiens non inscrits peuvent désigner soit les Indiens qui n’ont plus le statut d’Indiens visés par la *Loi sur les Indiens*, soit les membres de collectivités d’ascendance mixte que le gouvernement fédéral n’a jamais reconnus comme Indiens. Certaines personnes s’identifient étroitement à leurs origines indiennes, alors que d’autres estiment que le mot Métis reflète davantage leurs origines mixtes.

[19] Ces ambiguïtés d’ordre définitionnel n’empêchent pas de décider si les deux groupes, peu importe la façon dont on les définit, sont visés par le par. 91(24). À l’instar du juge de première instance et de la Cour d’appel fédérale, je suis d’avis que les contextes historique, philosophique et linguistique établissent que les « Indiens » visés au par. 91(24) englobent *tous* les peuples autochtones, y compris les Indiens non inscrits et les Métis.

[20] To begin, it is unnecessary to explore the question of non-status Indians in a full and separate analysis because the Crown conceded in oral argument, properly in my view, that they are recognized as “Indians” under s. 91(24), a concession that reflects the fact that the federal government has used its authority under s. 91(24) in the past to legislate over non-status Indians as “Indians”.² While a concession is not necessarily determinative, it does not, on the other hand, make the granting of a declaration redundant, as the Crown suggests. Non-status Indians have been a part of this litigation since it started in 1999. Earlier in these proceedings, the Crown took the position that non-status Indians did *not* fall within federal jurisdiction under s. 91(24). As the intervener Aseniwuche Winewak Nation of Canada submitted in oral argument, excluding non-status Indians from the first declaration would send them “[b]ack to the drawing board”. To avoid uncertainty in the future, therefore, there is demonstrable utility in a declaration that confirms their inclusion.

[21] We are left then to consider primarily whether the Métis are included.

[22] The prevailing view is that Métis are “Indians” under s. 91(24). Prof. Hogg, for example, sees the word “Indians” under s. 91(24) as having a wide compass, likely including the Métis:

The Métis people, who originated in the west from intermarriage between French Canadian men and Indian women during the fur trade period, received “half-breed” land grants in lieu of any right to live on reserves, and

² When Newfoundland and Labrador joined Confederation in 1949, for example, they brought with them many Aboriginal peoples who were obviously not — and had never been — registered under the federal *Indian Act* and were therefore non-status Indians. The federal government nonetheless assumed jurisdiction over them and many were incorporated into the *Indian Act* in 1984 and 2008.

[20] Tout d’abord, la situation des Indiens non inscrits ne requiert pas une analyse complète et distincte, car la Couronne a concédé à l’audience — à juste titre selon moi — que ceux-ci sont reconnus comme des « Indiens » visés au par. 91(24), une concession qui reflète le fait que le gouvernement fédéral a, dans le passé, exercé les pouvoirs que lui confère le par. 91(24) pour légiférer sur les Indiens non inscrits comme s’ils étaient des « Indiens »². Bien qu’une telle concession ne soit pas nécessairement déterminante, elle n’a pas pour effet de rendre un jugement déclaratoire redondant, contrairement à ce que soutient la Couronne. Les Indiens non inscrits sont parties au présent litige depuis qu’il a été intenté en 1999. Plus tôt dans l’instance, la Couronne a prétendu que ceux-ci *ne* relevaient *pas* de la compétence fédérale suivant le par. 91(24). Comme l’intervenante l’Aseniwuche Winewak Nation of Canada l’a fait valoir dans sa plaidoirie, le fait d’exclure les Indiens non inscrits du premier jugement déclaratoire aurait pour effet de les ramener [TRADUCTION] « [à] la case départ ». Pour éviter toute incertitude dans le futur, le fait de rendre un jugement déclaratoire confirmant leur inclusion dans le champ d’application du mot « Indiens » présente donc une utilité démontrable.

[21] Il nous reste donc essentiellement à nous demander si les Métis sont eux aussi inclus.

[22] Selon le point de vue dominant, les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Le professeur Hogg, par exemple, estime que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) a une portée très englobante, qui inclut vraisemblablement les Métis :

[TRADUCTION] Les Métis, personnes nées dans l’Ouest de mariages entre des hommes canadiens-français et des femmes indiennes à l’époque du commerce des fourrures, ont reçu des concessions de terres de « Sang-Mêlés »,

² À titre d’exemple, en se joignant à la Confédération en 1949, la province de Terre-Neuve-et-Labrador a fait entrer avec elle bon nombre de peuples autochtones qui n’étaient évidemment pas — et n’avaient jamais été — inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens* fédérale, et constituaient par conséquent des Indiens non inscrits. Le gouvernement fédéral a néanmoins assumé compétence à leur égard et bon nombre d’entre eux ont été intégrés dans la *Loi sur les Indiens* en 1984 et en 2008.

were accordingly excluded from the charter group from whom Indian status devolved. However, they are probably “Indians” within the meaning of s. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 28-4)

See also Joseph Eliot Magnet, “Who are the Aboriginal People of Canada?”, in Dwight A. Dorey and Joseph Eliot Magnet, eds., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, at p. 44; Clem Chartier, “‘Indian’: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867” (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, “Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis” (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, “Constitutional Issues in Native Law”, in Bradford W. Morse, ed., *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (rev. 1st ed. 1989), 408, at p. 430.

[23] In fact, “Indians” has long been used as a general term referring to all Indigenous peoples, including mixed-ancestry communities like the Métis. The term was created by European settlers and applied to Canada’s Aboriginal peoples without making any distinction between them. As author Thomas King explains in *The Inconvenient Indian*:³

No one really believed that there was only one Indian. No one ever said there was only one Indian. But as North America began to experiment with its “Indian programs,” it did so with a “one size fits all” mindset. Rather than see tribes as an arrangement of separate nation states in the style of the Old World, North America imagined that Indians were basically the same. [p. 83]

[24] Before and after Confederation, the government frequently classified Aboriginal peoples with mixed European and Aboriginal heritage as Indians. Métis were considered “Indians” for pre-Confederation treaties such as the Robinson Treaties

³ *The Inconvenient Indian: A Curious Account of Native People in North America* (2013), winner of the 2014 RBC Taylor Prize.

au lieu du droit de vivre dans des réserves, et ils ont par conséquent été exclus du groupe duquel découlait le statut d’Indien. Cependant, ils sont probablement des Indiens visés au par. 91(24).

(Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 28-4)

Voir également Joseph Eliot Magnet, « Who are the Aboriginal People of Canada? », dans Dwight A. Dorey et Joseph Eliot Magnet, dir., *Aboriginal Rights Litigation* (2003), 23, p. 44; Clem Chartier, « “Indian” : An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the British North America Act, 1867 » (1978-79), 43 *Sask. L. Rev.* 37; Mark Stevenson, « Section 91(24) and Canada’s Legislative Jurisdiction with Respect to the Métis » (2002), 1 *Indigenous L.J.* 237; Noel Lyon, « Constitutional Issues in Native Law », dans Bradford W. Morse, dir., *Aboriginal Peoples and the Law : Indian, Metis and Inuit Rights in Canada* (1^{re} éd. rév. 1989), 408, p. 430.

[23] En fait, le mot « Indiens » a longtemps été utilisé comme terme générique désignant tous les peuples autochtones, y compris les collectivités d’ascendance mixte comme les Métis. Le terme a été créé par les colons européens et appliqué aux peuples autochtones du Canada sans qu’aucune distinction ne soit faite entre eux. Comme l’explique l’auteur Thomas King dans *L’Indien malcommode*³ :

Personne ne pensait vraiment qu’il n’existait qu’un seul Indien. Personne n’a jamais dit qu’il n’y avait qu’un seul Indien. Mais dès que l’Amérique du Nord s’est mise à échafauder ses « programmes indiens », elle a procédé dans un esprit de standardisation. Au lieu de voir les tribus comme des États-nations distincts comme on en trouvait dans le Vieux Monde, l’Amérique du Nord s’est imaginé que les Indiens étaient essentiellement tous pareils. [p. 101]

[24] Avant et après la Confédération, le gouvernement a fréquemment qualifié d’Indiens les peuples autochtones ayant des origines mixtes européennes et autochtones. Les Métis ont été considérés comme des « Indiens » dans des traités antérieurs

³ *L’Indien malcommode : Un portrait inattendu des Autochtones d’Amérique du Nord*, qui a valu à son auteur le prix Taylor RBC 2014 (traduit de l’anglais par Daniel Poliquin (2014)).

of 1850. Many post-Confederation statutes considered Métis to be “Indians”, including the 1868 statute entitled *An Act providing for the organisation of the Department of the Secretary of State of Canada, and for the management of Indian and Ordnance Lands*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historically, the purpose of s. 91(24) in relation to the broader goals of Confederation also indicates that since 1867, “Indians” meant all Aboriginal peoples, including Métis. The trial judge found that expanding British North America across Rupert’s Land and the North-West Territories was a major goal of Confederation and that building a national railway was a key component of this plan. At the time, that land was occupied by a large and diverse Aboriginal population, including many Métis. A good relationship with all Aboriginal groups was required to realize the goal of building “the railway and other measures which the federal government would have to take.” With jurisdiction over Aboriginal peoples, the new federal government could “protect the railway from attack” and ensure that they did not resist settlement or interfere with construction of the railway. Only by having authority over *all* Aboriginal peoples could the westward expansion of the Dominion be facilitated.

[26] The work of Prof. John Borrows supports this theory:

The Métis Nation was . . . crucial in ushering western and northern Canada into Confederation and in increasing the wealth of the Canadian nation by opening up the prairies to agriculture and settlement. These developments could not have occurred without Métis intercession and legal presence.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), at pp. 87-88)

à la Confédération, comme les traités Robinson de 1850. Ils l’ont été aussi dans bon nombre de lois postérieures à la Confédération, dont celle de 1868 intitulée *l’Acte pourvoyant à l’organisation du Département du Secrétaire d’État du Canada, ainsi qu’à l’administration des Terres des Sauvages et de l’Ordonnance*, S.C. 1868, c. 42.

[25] Historiquement, considéré dans la perspective des objectifs plus généraux de la Confédération, l’objet du par. 91(24) indique également que, depuis 1867, le mot « Indiens » s’entend de tous les peuples autochtones, y compris les Métis. Le juge de première instance a conclu que l’expansion de l’Amérique du Nord britannique pour inclure la Terre de Rupert et les Territoires du Nord-Ouest était l’un des principaux objectifs de la Confédération, et que la construction d’un chemin de fer national constituait un élément clef de ce plan. À l’époque, ces territoires étaient occupés par une population autochtone vaste et diversifiée, qui comptait beaucoup de Métis. Il fallait entretenir de bonnes relations avec l’ensemble des groupes autochtones pour réaliser l’objectif relatif à la construction « du chemin de fer et [aux] autres mesures que le gouvernement fédéral devrait prendre ». En ayant compétence sur les peuples autochtones, le gouvernement du nouvel État fédéral pourrait « protége[r] le chemin de fer contre les attaques », et s’assurer que ces peuples ne résistent pas à la colonisation et n’entravent pas la construction du chemin de fer. Ce n’est qu’en ayant compétence à l’égard de *tous* les peuples autochtones que le Dominion pourrait faciliter son expansion vers l’ouest.

[26] Les écrits du professeur John Borrows appuient cette théorie :

[TRADUCTION] La nation métisse a [. . .] joué un rôle crucial dans l’entrée de l’ouest et du nord du Canada dans la Confédération et dans l’accroissement de la richesse de la nation canadienne par l’ouverture des Prairies à l’agriculture et à la colonisation. Ces avancées n’auraient pas pu être accomplies sans l’intervention et la présence juridique des Métis.

(*Canada’s Indigenous Constitution* (2010), p. 87-88)

In his view, it would have been impossible for Canada to accomplish its expansionist agenda if “Indians” under s. 91(24) did not include Métis. The threat they posed to Canada’s expansion was real. On many occasions Métis “blocked surveyors from doing their work” and “prevented Canada’s expansion into the region” when they were unhappy with the Canadian government: *Borrows*, at p. 88.

[27] In fact, contrary to its position in this case, the federal government has at times assumed that it could legislate over Métis as “Indians”. The 1876 *Indian Act*⁴ banned the sale of intoxicating liquor to “Indians”. In 1893 the North-West Mounted Police wrote to the federal government, expressing their difficulty in distinguishing between “Half-breeds and Indians in prosecutions for giving liquor to the latter”. To clarify this issue, the federal government amended the *Indian Act*⁵ in 1894 to broaden the ban on the sale of intoxicating liquor to Indians or any person “who follows the Indian mode of life”, which included Métis.

[28] In October 1899, Indian Affairs Minister Clifford Sifton wrote a memorandum that would become the basis of the federal government’s policy regarding Métis and Indian Residential Schools for decades. He wrote that “I am decidedly of the opinion that all children, even those of mixed blood . . . should be eligible for admission to the schools”: *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, vol. 3, *The Métis Experience* (2015), at p. 16. This policy was applied haphazardly. Provincial public school systems were reluctant to admit Métis students, as the provinces saw them as a federal responsibility: p. 26. Many Métis attended Residential Schools because they were the only educational option open to them.

⁴ *The Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18.

⁵ *An Act further to amend “The Indian Act”*, S.C. 1894, c. 32.

À son avis, il aurait été impossible pour le Canada de réaliser son projet expansionniste si les « Indiens » visés au par. 91(24) n’avaient pas inclus les Métis. La menace qu’ils représentaient pour l’expansion du Canada était réelle. À de nombreuses reprises, les Métis [TRADUCTION] « ont empêché les arpenteurs d’effectuer leur travail » et « ont contré l’expansion du Canada dans leur région » lorsqu’ils étaient insatisfaits du gouvernement canadien (*Borrows*, p. 88).

[27] En fait, contrairement à ce qu’il soutient en l’espèce, le gouvernement fédéral a parfois considéré qu’il pouvait légiférer sur les Métis en tant qu’« Indiens ». L’*Acte des Sauvages* de 1876⁴ interdisait la vente de boissons enivrantes aux « Indiens ». En 1893, la Police à cheval du Nord-Ouest a écrit au gouvernement fédéral pour lui faire part de sa difficulté à distinguer [TRADUCTION] « les Sang-Mêlés des Indiens dans les poursuites intentées pour avoir offert de l’alcool à ces derniers ». Pour clarifier cette question, le gouvernement fédéral a modifié l’*Acte des Sauvages*⁵ en 1894 en vue d’élargir la portée de l’interdiction de vendre des boissons enivrantes à toute personne « qui vit à la façon des Sauvages », ce qui comprenait les Métis.

[28] En octobre 1899, le ministre des Affaires indiennes, Clifford Sifton, a rédigé une note de service qui allait devenir le fondement de la politique du gouvernement fédéral à l’égard des Métis et des pensionnats indiens pendant des décennies. Il a écrit ce qui suit : « . . . je suis décidément d’avis que tous les enfants, même ceux d’ascendance mixte [. . .] devraient pouvoir être admis dans les écoles » (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*, vol. 3, *L’expérience métisse* (2015), p. 18). Cette politique n’a pas été appliquée de façon systématique. Les provinces étaient réticentes à admettre des élèves métis dans leur système scolaire public, car elles considéraient ceux-ci comme une responsabilité fédérale (p. 28). De nombreux Métis ont fréquenté les pensionnats, parce qu’il s’agissait des seuls endroits où ils pouvaient se faire instruire.

⁴ *Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, c. 18.

⁵ *Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*, S.C. 1894, c. 32.

[29] In some cases, the federal government directly financed these projects. In the 1890s, the federal government provided funding for a reserve and industrial school at Saint-Paul-des-Métis in Alberta, run by Oblate missionaries: *The Final Report of the Truth and Reconciliation in Canada*, vol. 3, at p. 16. The reserve consisted of two townships, owned by the Crown, and included a school for teaching trades to the Métis. As long as the project lasted, it functioned equivalently to similar reserves for Indian peoples.

[30] Many Métis were also sent to Indian Residential Schools, another exercise of federal authority over “Indians”, as *The Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* documents. According to the Report, “[t]he central goal of the Canadian residential school system was to ‘Christianize’ and ‘civilize’ Aboriginal people In the government’s vision, there was no place for the Métis Nation”: vol. 3, at p. 3. The Report notes that

[t]he existing records make it impossible to say how many Métis children attended residential school. But they did attend almost every residential school discussed in this report at some point. They would have undergone the same experiences — the high death rates, limited diets, crowded and unsanitary housing, harsh discipline, heavy workloads, neglect, and abuse [p. 4]

The federal government has since acknowledged and apologized for wrongs such as Indian Residential Schools.

[31] Moreover, throughout the early twentieth century, many Métis whose ancestors had taken scrip continued to live on Indian reserves and to participate in Indian treaties. In 1944, a Commission of Inquiry in Alberta was launched to investigate this issue, headed by Justice William Macdonald. He concluded that the federal government had the constitutional authority to allow these Métis to participate in treaties and recommended that the federal

[29] Dans certains cas, le gouvernement fédéral a financé directement ces projets. Dans les années 1890, le gouvernement fédéral a financé une réserve et une école de métiers de Saint-Paul-des-Métis en Alberta, école dirigée par des missionnaires oblates (*Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation*, vol. 3, p. 18-19). La réserve consistait en deux cantons appartenant à la Couronne et comprenait une école où on enseignait divers métiers aux Métis. Pendant toute la durée du projet, le fonctionnement de la réserve était similaire à celui des réserves analogues établies pour les peuples indiens.

[30] Bon nombre de Métis ont également été envoyés dans des pensionnats indiens, une autre manifestation de l’exercice par le fédéral de sa compétence sur les « Indiens », comme le constate le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada*. Selon ce rapport, « [l]e principal objectif du système des pensionnats canadiens était de “christianiser” et de “civiliser” le peuple autochtone [. . .] Du point de vue du gouvernement, il n’y a alors aucune place pour la nation métisse » (vol. 3, p. 3). On peut lire ce qui suit dans le rapport :

Les dossiers actuels ne permettent pas de dire combien d’enfants métis ont fréquenté un pensionnat. Mais, ils ont fréquenté presque chaque pensionnat mentionné dans le présent rapport, à un certain moment, où ils auraient partagé ces expériences — taux de mortalité élevé, déficience alimentaire, logement insalubre et surpeuplé, discipline sévère, lourdes charges de travail, négligence et violence . . . [p. 5]

Le gouvernement fédéral a depuis reconnu ses torts et présenté ses excuses pour ceux-ci, par exemple en ce qui concerne les pensionnats indiens.

[31] De plus, pendant tout le début du vingtième siècle, de nombreux Métis dont les ancêtres avaient accepté un certificat de concession foncière ont continué à vivre dans des réserves indiennes et à participer aux traités indiens. En 1944, une commission d’enquête présidée par le juge William Macdonald a été mise sur pied en Alberta pour se pencher sur cette question. Le juge Macdonald a conclu que le gouvernement fédéral avait, en vertu

government take steps to clarify the status of these Métis with respect to treaties and reserves: *Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, August 7, 1944 (online).

[32] Justice Macdonald noted that the federal government had been willing to recognize Métis as Indians whenever it was convenient to do so:

It would appear that whenever it became necessary or expedient to extinguish Indian rights in any specific territory, the fact that Halfbreeds also had rights by virtue of their Indian blood was invariably recognized. . . .

. . . mixed blood did not necessarily establish white status, nor did it bar an individual from admission into treaty. The welfare of the individual and his own desires in the matter were given due weight, no cast-iron rule was adopted. [pp. 557-58]

In 1958, the federal government amended the *Indian Act*,⁶ enacting Justice Macdonald's recommendation that Métis who had been allotted scrip but were already registered as Indians (and their descendants), remain registered under the *Indian Act*, thereby clarifying their status with respect to treaties and reserves. In so legislating, the federal government appeared to assume that it had authority over Métis under s. 91(24).

[33] Not only has the federal government legislated over Métis as "Indians", but it appears to have done so in the belief it was acting within its constitutional authority. In 1980, the Department of Indian Affairs and Northern Development wrote a document for Cabinet entitled *Natives and the Constitution*. This document clearly expressed the federal

⁶ *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1958, c. 19.

de la Constitution, le pouvoir de permettre à ces Métis de participer aux traités et il a recommandé que celui-ci prenne des mesures pour préciser leur statut en ce qui concerne les traités et les réserves (*Report of Mr. Justice W.A. Macdonald Following an Enquiry Directed Under Section 18 of the Indian Act*, 7 août 1944 (en ligne)).

[32] Le juge Macdonald a indiqué que le gouvernement fédéral s'était montré disposé à reconnaître les Métis en tant qu'Indiens chaque fois qu'il était avantageux pour lui de le faire :

[TRADUCTION] Il semble que, chaque fois qu'il est devenu nécessaire ou opportun d'éteindre des droits indiens sur un territoire précis, le fait que les Sang-Mêlés avaient aussi des droits en vertu de leur sang indien a toujours été reconnu. . . .

. . . l'ascendance mixte n'établissait pas forcément le statut de Blanc, pas plus qu'elle n'empêchait une personne d'être admise dans un traité. Le bien-être de la personne et ses propres désirs à cet égard ont été dûment pris en considération; aucune règle rigide n'a été adoptée. [p. 557-558]

En 1958, le gouvernement fédéral a modifié la *Loi sur les Indiens*⁶ et adopté la recommandation du juge Macdonald proposant que les Métis auxquels un certificat de concession foncière avait été attribué, mais qui étaient déjà inscrits comme Indiens (ainsi que leurs descendants), demeurent inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*, mesure qui clarifiait leur statut relativement aux traités et aux réserves. En légiférant ainsi, le gouvernement fédéral semble avoir considéré qu'il avait compétence sur les Métis en vertu du par. 91(24).

[33] Non seulement le gouvernement fédéral a-t-il légiféré à l'égard des Métis comme s'ils étaient des « Indiens », mais il semble l'avoir fait en étant convaincu qu'il agissait conformément à son pouvoir constitutionnel. En 1980, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a rédigé à l'intention du Cabinet un document intitulé *Natives*

⁶ *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1958, c. 19.

government's confidence that it had constitutional authority to legislate over Métis under s. 91(24):

Métis people . . . are presently in the same legal position as other Indians who signed land cession treaties. Those Métis who have received scrip or lands are excluded from the provisions of the *Indian Act*, but are still “Indians” within the meaning of the *BNA Act*. . . .

Should a person possess “sufficient” racial and social characteristics to be considered a “native person”, that individual will be regarded as an “Indian” . . . within the legislative jurisdiction of the federal government, regardless of the fact that he or she may be excluded from the coverage of the *Indian Act*. [p. 43]

[34] Moreover, while it does not define the scope of s. 91(24), it is worth noting that s. 35⁷ of the *Constitution Act, 1982* states that Indian, Inuit, and Métis peoples are Aboriginal peoples for the purposes of the Constitution. This Court recently explained that the “grand purpose” of s. 35 is “[t]he reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship”: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10. And in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, this Court noted that ss. 35 and 91(24) should be read together: p. 1109, cited in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 69.

[35] The term “Indian” or “Indians” in the constitutional context, therefore, has two meanings: a broad meaning, as used in s. 91(24), that includes

⁷ 35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

and the *Constitution*. Ce document montre clairement que le gouvernement fédéral était convaincu qu’il avait le pouvoir constitutionnel de légiférer à l’égard des Métis en vertu du par. 91(24) :

[TRADUCTION] Les Métis [. . .] sont actuellement dans la même situation juridique que les autres Indiens ayant signé des traités de cession de terres. Les Métis qui ont reçu des terres ou un certificat de concession foncière sont exclus du champ d’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais demeurent toujours des « Indiens » visés par l’AANB. . . .

Si une personne possède des caractéristiques raciales et sociales « suffisantes » pour être considérée comme une « personne autochtone », elle sera considérée comme un « Indien » [. . .] relevant de la compétence législative du gouvernement fédéral, sans égard au fait qu’elle puisse être exclue du champ d’application de la *Loi sur les Indiens*. [p. 43]

[34] De plus, bien que l’art. 35⁷ de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne définisse pas la portée du par. 91(24), il convient de noter qu’il énonce que les Indiens, les Inuit et les Métis sont des peuples autochtones pour l’application de la Constitution. Notre Cour a récemment expliqué que « [l]a réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » constitue « le noble objectif » de l’art. 35 (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10). En outre, dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la Cour a souligné que l’art. 35 et le par. 91(24) doivent être interprétés conjointement (p. 1109, cité dans *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 69).

[35] Le terme « Indien » ou « Indiens » a donc deux sens en contexte constitutionnel : un sens large, au par. 91(24), qui inclut tant les Métis

⁷ 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

both Métis and Inuit and can be equated with the term “aboriginal peoples of Canada” used in s. 35, and a narrower meaning that distinguishes Indian bands from other Aboriginal peoples. As will be noted later in these reasons, this Court in *Reference as to whether “Indians” in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] S.C.R. 104 (“*Re Eskimo*”), held that s. 91(24) includes the Inuit. Since the federal government concedes that s. 91(24) includes non-status Indians, it would be constitutionally anomalous, as the Crown also conceded, for the Métis to be the only Aboriginal people to be recognized and included in s. 35 yet excluded from the constitutional scope of s. 91(24).

[36] The *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, released in 1996, stressed the importance of rebuilding the Crown’s relationship with Aboriginal peoples in Canada, including the Métis: see vol. 3, *Gathering Strength*. The Report called on the federal government to “recognize that Métis people . . . are included in the federal responsibilities set out in section 91(24) of the *Constitution Act, 1867*”: vol. 2, *Restructuring the Relationship*, at p. 66. The importance of this reconstruction was also recognized in the final report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada: *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada* (2015), at p. 183; see also *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, [2005] 3 S.C.R. 388, at para. 1, and *Lax Kw’alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 535, at para. 12.

[37] The constitutional changes, the apologies for historic wrongs, a growing appreciation that Aboriginal and non-Aboriginal people are partners in Confederation, the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, and the *Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, all indicate that reconciliation with *all* of Canada’s Aboriginal peoples is Parliament’s goal.

que les Inuit et que l’on peut assimiler à celui de l’expression « peuples autochtones du Canada » employée à l’art. 35; et un sens plus restreint, qui distingue les bandes indiennes des autres peuples autochtones. Comme nous le verrons plus loin, dans l’arrêt *Reference as to whether « Indians » in s. 91(24) of the B.N.A. Act includes Eskimo inhabitants of the Province of Quebec*, [1939] R.C.S. 104 (« *Renvoi sur les Esquimaux* »), la Cour a conclu que le par. 91(24) vise les Inuit. Puisque le gouvernement fédéral concède que cette disposition vise les Indiens non inscrits, il serait, comme l’a également concédé la Couronne, anormal d’un point de vue constitutionnel que les Métis constituent le seul peuple autochtone à être reconnu et inclus à l’art. 35, tout en étant par ailleurs exclu du champ d’application du par. 91(24).

[36] Le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, publié en 1996, souligne l’importance de reconstruire la relation de la Couronne avec les peuples autochtones du Canada, notamment avec les Métis (voir le vol. 3, *Vers un ressourcement*). Le rapport incite le gouvernement fédéral à « reconnaître que les Métis [. . .] sont compris dans la sphère de compétence fédérale aux termes du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (vol. 2, *Une relation à redéfinir*, p. 74). Le rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada reconnaît aussi l’importance de cette reconstruction (*Honorer la vérité, réconcilier pour l’avenir : Sommaire du rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* (2015), p. 193; voir aussi *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388, par. 1, et *Bande indienne des Lax Kw’alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, par. 12).

[37] Les modifications constitutionnelles, les excuses pour les torts du passé, la reconnaissance grandissante du fait que les peuples autochtones et non autochtones sont des partenaires dans la Confédération, le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* ainsi que le *Rapport final de la Commission de vérité et réconciliation du Canada* indiquent tous qu’une réconciliation avec *l’ensemble* des peuples autochtones du Canada est l’objectif du Parlement.

[38] The jurisprudence also supports the conclusion that Métis are “Indians” under s. 91(24). There is no case directly on point, but by identifying which groups have already been recognized as “Indians” under this head of power and by establishing principles governing who can be considered “Indians”, the existing cases provide guidance.

[39] In *Re Eskimo*, this Court had to determine whether the Inuit were “Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Relying on historical evidence to determine the meaning of “Indians” in 1867, the Court drew heavily from the 1858 *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company*. Acting on behalf of the federal government, the Hudson’s Bay Company had conducted a survey of Rupert’s Land and the North-Western Territories in which the Inuit were classified as Indians. The Court found that while the Inuit had their own language, culture, and identities separate from that of the “Indian tribes” in other parts of the country, they were “Indians” under s. 91(24) on the basis of this survey. It follows from this case that a unique culture and history, and self-identification as a distinct group, are not bars to being included as “Indians” under s. 91(24).

[40] In *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, this Court traced the outer limits of the “Indian” power under s. 91(24). An Indian couple lived on a reserve most of the year except for a few weeks each summer during which they lived off the reserve and the husband worked on a farm. The husband died during one of the weeks he was away from the reserve. This resulted in the superintendent in charge of the Indian district (which included their reserve) being appointed as administrator of his estate, pursuant to s. 43 of the *Indian Act*.⁸ His wife challenged s. 43 on the grounds that it violated the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44. While the Court held that s. 43 of the *Indian Act* did not violate the *Bill of Rights*,

⁸ R.S.C. 1970, c. I-6.

[38] La jurisprudence permet également de conclure que les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24). Aucune décision ne porte exactement sur cette question, mais la jurisprudence existante donne des indications à cet égard en précisant quels groupes ont déjà été reconnus en tant qu’« Indiens » au regard de ce chef de compétence, et en établissant les principes qui permettent de déterminer quelles personnes peuvent être considérées comme des « Indiens ».

[39] Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*, la Cour devait déterminer si les Inuit étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Se fondant sur la preuve historique pour déterminer le sens du terme « Indiens » en 1867, la Cour s’est largement inspirée du *Report from the Select Committee on the Hudson’s Bay Company* de 1858. Agissant au nom du gouvernement fédéral, la Compagnie de la Baie d’Hudson avait procédé à l’arpentage de la Terre de Rupert et des Territoires du Nord-Ouest, où les Inuit étaient considérés comme des Indiens. La Cour a conclu que, même si les Inuit avaient une langue, une culture et une identité propres, distinctes de celles des « tribus indiennes » d’autres régions du pays, ils étaient des « Indiens » visés au par. 91(24) sur la base de ces travaux. Il ressort de cette affaire que le fait pour les membres d’un groupe d’avoir une culture et une histoire uniques et de s’identifier comme un groupe distinct ne s’oppose pas à leur inclusion en tant qu’« Indiens » visés au par. 91(24).

[40] Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, notre Cour a tracé les limites de la compétence à l’égard des « Indiens » prévue au par. 91(24). Dans cette affaire, un couple indien habitait dans une réserve durant la majeure partie de l’année, sauf pendant quelques semaines chaque été, au cours desquelles les conjoints vivaient à l’extérieur de la réserve et l’époux travaillait dans une exploitation agricole. Celui-ci est décédé au cours d’une des semaines où il était absent de la réserve. Par suite du décès, le surintendant responsable du district indien (dont faisait partie la réserve) a été nommé administrateur de sa succession conformément à l’art. 43 de la *Loi sur les Indiens*.⁸ L’épouse a contesté l’art. 43 au motif

⁸ S.R.C. 1970, c. I-6.

Beetz J. concluded that in determining who are “Indians” under s. 91(24), “it would not appear unreasonable to count marriage and filiation and, unavoidably, intermarriages”: p. 207.

[41] These two cases left jurisprudential imprints that assist in deciding whether Métis are part of what is included in s. 91(24). As stated above, *Canard* shows that intermarriage and mixed-ancestry do not preclude groups from inclusion under s. 91(24). And *Re Eskimo* establishes that the fact that a group is a distinct people with a unique identity and history whose members self-identify as separate from Indians, is not a bar to inclusion within s. 91(24).

[42] There is no doubt that the Métis are a distinct people. Their distinctiveness was recognized in two recent cases from this Court — *Alberta (Aboriginal Affairs and Northern Development) v. Cunningham*, [2011] 2 S.C.R. 670, and *Manitoba Metis Federation*. The issue in *Cunningham* was whether Alberta’s *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violated s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by terminating the membership of Métis who voluntarily registered as Indians under the *Indian Act*. The Court concluded that the *Metis Settlements Act* was justified as an ameliorative program. In commenting on the unique history of the Métis, the Court noted that they are “widely recognized as a culturally distinct Aboriginal people living in culturally distinct communities”: para. 7.

[43] And in *Manitoba Metis Federation*, this Court granted declaratory relief to the descendants of Manitoba’s Red River Métis Settlement. The federal *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, promised

qu’il contrevenait à la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44. Bien que la Cour ait statué que ce n’était pas le cas, le juge Beetz a conclu qu’« il n’apparaîtrait pas déraisonnable d’inclure le mariage et la filiation et, inévitablement, les mariages entre Indiens et non-Indiens » pour déterminer quelles personnes sont des « Indiens » visés au par. 91(24) (p. 207).

[41] Ces deux arrêts ont laissé dans la jurisprudence des empreintes qui aident à déterminer si les Métis font partie des personnes visées au par. 91(24). Comme il a été indiqué précédemment, l’arrêt *Canard* montre que les mariages entre Indiens et non-Indiens et l’ascendance mixte n’empêchent pas l’inclusion d’un groupe dans le champ d’application du par. 91(24). Et, selon le *Renvoi sur les Esquimaux*, le caractère distinct d’un groupe qui forme un peuple ayant une identité et une histoire uniques et dont les membres s’identifient comme un groupe distinct des Indiens ne fait pas obstacle à l’inclusion dans le champ d’application du par. 91(24).

[42] Il ne fait aucun doute que les Métis forment un peuple distinct. Notre Cour a reconnu leur caractère distinct dans deux affaires récentes, *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, [2011] 2 R.C.S. 670, et *Manitoba Metis Federation*. Dans *Cunningham*, il fallait décider si la loi albertaine intitulée *Metis Settlements Act*, R.S.A. 2000, c. M-14, violait l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu’elle prévoit que les Métis qui s’inscrivent volontairement comme Indiens en vertu de la *Loi sur les Indiens* renoncent de ce fait à leur statut de membres d’un établissement métis. Notre Cour a conclu que la *Metis Settlements Act* était justifiée en tant que programme améliorateur. Au sujet de l’histoire unique des Métis, la Cour a fait remarquer que ces derniers sont « largement reconnus comme formant un peuple autochtone culturellement distinct et vivant dans des communautés culturellement distinctes » (par. 7).

[43] Et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, notre Cour a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les descendants des Métis de la colonie de la rivière Rouge du Manitoba. La *Loi de 1870 sur*

land to the children of the Métis. Errors and delays resulted in many of them receiving inadequate scrip rather than land. The Court held that Canada had a fiduciary relationship with the Métis, and that the Crown's promise to implement the land grant engaged the honour of the Crown. This created a duty of diligent implementation. In so deciding, the Court stated that the Métis of the Red River Settlement are a "distinct community": para. 91.

[44] The Crown, however, submits that including Métis as "Indians" under s. 91(24) is contrary to this Court's decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236. With respect, I think *Blais* can be easily distinguished. The issue in *Blais* was whether a provision of Manitoba's *Natural Resources Transfer Agreement*, which allowed "Indians" to hunt out of season, included Métis. It is true that the Court concluded that "Indians" in the *Natural Resources Transfer Agreement* did not include Métis, but what was at issue was a constitutional agreement, not the Constitution. This, as this Court noted in *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, is a completely different interpretive exercise:

... it is submitted that the intention of the framers should be determinative in interpreting the scope of the heads of power enumerated in ss. 91 and 92 given the decision in *R. v. Blais*, [2003] 2 S.C.R. 236, 2003 SCC 44. That case considered the interpretive question in relation to a particular constitutional agreement, as opposed to a head of power which must continually adapt to cover new realities. It is therefore distinguishable and does not apply here. [para. 30]

[45] While there was some overlapping evidence between *Blais* and this case, the interpretation of

le Manitoba, S.C. 1870, c. 3, édictée par le Parlement fédéral, promettait des terres aux enfants des Métis. Des erreurs et des retards ont fait en sorte que bon nombre d'entre eux ont reçu des certificats de concession foncière inadéquats plutôt que des terres. La Cour a jugé que le Canada entretenait une relation de nature fiduciaire avec les Métis et que la promesse de la Couronne de mettre en œuvre les concessions de terres engageait l'honneur de celle-ci. Il s'était donc créé une obligation de diligence dans la mise en œuvre. La Cour a également affirmé que les Métis de la colonie de la rivière Rouge constituaient « une communauté distincte » (par. 91).

[44] La Couronne soutient toutefois que le fait de considérer que le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis va à l'encontre de l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236. À mon humble avis, j'estime que l'affaire *Blais* peut être facilement distinguée de celle dont nous sommes saisis. Dans ce pourvoi, il s'agissait de déterminer si une disposition de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* du Manitoba, qui permettait aux « Indiens » de chasser hors saison, visait également les Métis. Il est vrai que la Cour a conclu que le mot « Indiens » figurant dans cette convention n'incluait pas les Métis, mais le texte litigieux était un accord de nature constitutionnelle, et non la Constitution. Comme la Cour l'a souligné dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, il s'agit d'un exercice d'interprétation complètement différent :

... on plaide que, selon l'arrêt *R. c. Blais*, [2003] 2 R.C.S. 236, 2003 CSC 44, l'intention des rédacteurs de la Constitution devrait être déterminante dans l'interprétation de la portée des rubriques de compétence énumérées aux art. 91 et 92. Or, cette décision portait sur l'interprétation d'une convention constitutionnelle particulière et non d'une rubrique de compétence qui doit être continuellement adaptée à de nouvelles réalités. Une distinction s'impose donc entre le présent renvoi et cette affaire, qui ne s'applique pas en l'espèce. [par. 30]

[45] Quoique certains éléments de preuve présentés dans l'affaire *Blais* et dans le présent pourvoi

a different record in *Blais* directed at different issues cannot trump the extensive and significantly broader expert testimony and the findings of Phelan J. Of most significance, however, is the fact that this Court itself expressly stated in *Blais* that it was *not* deciding whether s. 91(24) included the Métis. Far from seeing *Blais* as dispositive of the constitutional scope of s. 91(24), the Court emphasized that it left “open for another day the question of whether the term ‘Indians’ in s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* includes the Métis — an issue not before us in this appeal”: para. 36.

[46] A broad understanding of “Indians” under s. 91(24) as meaning ‘Aboriginal peoples’, resolves the definitional concerns raised by the parties in this case. Since s. 91(24) includes all Aboriginal peoples, including Métis and non-status Indians, there is no need to delineate which mixed-ancestry communities are Métis and which are non-status Indians. They are all “Indians” under s. 91(24) by virtue of the fact that they are all Aboriginal peoples.

[47] Determining whether particular individuals or communities are non-status Indians or Métis and therefore “Indians” under s. 91(24), is a fact-driven question to be decided on a case-by-case basis in the future, but it brings us to whether, for purposes of s. 91(24), Métis should be restricted to the definitional criteria set out in *Powley* in accordance with the decision of the Federal Court of Appeal, or whether, as the appellants and some of the interveners urged, the membership base should be broader.

[48] The issue in *Powley* was who is Métis under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The case involved

se recoupent, l’interprétation donnée dans *Blais* sur la base d’un dossier différent portant sur des questions différentes ne saurait écarter les témoignages d’experts beaucoup plus larges et approfondis ainsi que les conclusions du juge Phelan. Le fait le plus important toutefois est que, dans *Blais*, la Cour a elle-même expressément affirmé qu’elle *ne* décidait *pas* si les Métis sont inclus dans le champ d’application du par. 91(24). Loin de considérer que cet arrêt décidait définitivement la portée constitutionnelle du par. 91(24), la Cour a souligné que « sera[it] tranchée à une autre occasion la question de savoir si le mot “Indiens” au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend également des Métis — question dont nous ne sommes pas saisis dans le présent pourvoi » (par. 36).

[46] Le fait d’interpréter largement le mot « Indiens » figurant au par. 91(24) et de lui attribuer le sens de « peuples autochtones » permet de répondre aux préoccupations d’ordre définitionnel soulevées par les parties en l’espèce. En effet, comme le par. 91(24) vise tous les peuples autochtones, y compris les Métis et les Indiens non inscrits, il n’est pas nécessaire d’identifier les collectivités d’ascendance mixte formées de Métis et celles formées d’Indiens non inscrits. Tous ces groupes sont des « Indiens » visés au par. 91(24), puisqu’ils sont tous des peuples autochtones.

[47] La question de savoir si des personnes données sont des Indiens non inscrits ou des Métis, et donc des « Indiens » visés au par. 91(24), — ou encore si une collectivité en particulier est formée de telles personnes — est une question de fait qui devra être décidée au cas par cas dans le futur, mais elle nous oblige à nous demander s’il y a lieu, pour l’application du par. 91(24), de restreindre la portée du terme « Métis » aux critères définitoires énoncés dans l’arrêt *Powley*, conformément à la décision de la Cour d’appel fédérale, ou s’il faut plutôt, comme l’ont fait valoir les appelants et certains des intervenants, élargir les critères d’appartenance.

[48] Dans l’affaire *Powley*, la question en litige consistait à déterminer qui est un Métis visé à

two Métis hunters who were charged with violating the *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1. They claimed that the Métis had an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1). The Court agreed and suggested three criteria for defining who qualifies as Métis for purposes of s. 35(1):

1. Self-identification as Métis;
2. An ancestral connection to an historic Métis community; and
3. Acceptance by the modern Métis community.

[49] The third criterion — community acceptance — raises particular concerns in the context of this case. The criteria in *Powley* were developed specifically for purposes of applying s. 35, which is about protecting historic community-held rights: para. 13. That is why acceptance by the community was found to be, for purposes of who is included as Métis under s. 35, a prerequisite to holding those rights. Section 91(24) serves a very different constitutional purpose. It is about the federal government's relationship with Canada's Aboriginal peoples. This includes people who may no longer be accepted by their communities because they were separated from them as a result, for example, of government policies such as Indian Residential Schools. There is no principled reason for presumptively and arbitrarily excluding them from Parliament's protective authority on the basis of a "community acceptance" test.

[50] The first declaration should, accordingly, be granted as requested. Non-status Indians and Métis are "Indians" under s. 91(24) and it is the federal government to whom they can turn.

l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans cette affaire, deux chasseurs métis qui avaient été accusés d'avoir enfreint la *Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, c. G.1, ont fait valoir que les Métis possédaient, en vertu du par. 35(1), un droit ancestral de chasser pour se nourrir. La Cour leur a donné raison et a proposé trois critères pour définir qui peut être considéré comme un Métis pour l'application du par. 35(1) :

1. l'auto-identification comme Métis;
2. l'existence de liens ancestraux avec une collectivité métisse historique;
3. l'acceptation par la collectivité métisse actuelle.

[49] Le troisième critère — l'acceptation par la collectivité — suscite des préoccupations particulières en l'espèce. Les critères de l'arrêt *Powley* ont été établis spécialement pour l'application de l'art. 35, lequel a pour objet de protéger des droits collectifs historiques (par. 13). C'est la raison pour laquelle, afin de déterminer qui est un Métis visé à l'art. 35, l'acceptation par la collectivité a été jugée constituer un préalable à la reconnaissance de tels droits. Le paragraphe 91(24) vise pour sa part un objectif constitutionnel très différent. Il concerne la relation du gouvernement fédéral avec les peuples autochtones du Canada. Il est possible que, parmi les personnes visées par cette disposition, certaines ne soient plus acceptées par leurs collectivités parce qu'elles en auraient été séparées en raison, par exemple, de politiques gouvernementales comme celle relative aux pensionnats indiens. Il n'existe aucune raison logique justifiant de priver présomptivement et arbitrairement de telles personnes de la protection qu'offre le pouvoir de légiférer du Parlement sur la base d'un critère requérant leur « acceptation par la collectivité ».

[50] Il y a donc lieu d'accorder le premier jugement déclaratoire demandé. Les Indiens non inscrits et les Métis sont des « Indiens » visés au par. 91(24), et c'est vers le gouvernement fédéral qu'ils peuvent se tourner.

[51] But federal jurisdiction over Métis and non-status Indians does not mean that all provincial legislation pertaining to Métis and non-status Indians is inherently *ultra vires*. This Court has recognized that courts “should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by *both* levels of government”: *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 37 (emphasis in original). Moreover, this Court has been clear that federal authority under s. 91(24) does not bar valid provincial schemes that do not impair the core of the “Indian” power: *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 S.C.R. 696, at para. 3.

[52] I agree, however, with both the trial judge and the Federal Court of Appeal that neither the second nor third declaration should be granted.

[53] The second declaration sought is to recognize that the Crown owes a fiduciary duty to Métis and non-status Indians. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, accepted that Canada’s Aboriginal peoples have a fiduciary relationship with the Crown and *Manitoba Metis Federation* accepted that such a relationship exists between the Crown and Métis. As a result, the declaration lacks practical utility because it is restating settled law.

[54] The third declaration sought is that Métis and non-status Indians have the right to be consulted and negotiated with, in good faith, by the federal government on a collective basis through representatives of their choice, respecting all their rights, interests and needs as Aboriginal peoples.

[55] The claim is that the First Ministers’ conferences anticipated by ss. 37 and 37.1 of the *Constitution*

[51] Cependant, le fait que le gouvernement fédéral ait compétence à l’égard des Métis et des Indiens non inscrits ne signifie pas que toute mesure législative provinciale les concernant est intrinsèquement *ultra vires*. Comme l’a reconnu notre Cour, il importe que les tribunaux « privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par *les deux* ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 37 (en italique dans l’original)). En outre, la Cour a précisé que la compétence fédérale sur les Indiens prévue au par. 91(24) n’empêche pas l’instauration de régimes provinciaux valides qui ne portent pas atteinte à son contenu essentiel (*NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 3).

[52] Je suis toutefois d’accord avec le juge de première instance et la Cour d’appel fédérale pour dire qu’il n’y a pas lieu de rendre les deuxième et troisième jugements déclaratoires.

[53] Le deuxième jugement déclaratoire demandé vise à faire reconnaître que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers les Métis et les Indiens non inscrits. Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a admis qu’il existe une relation de nature fiduciaire entre les peuples autochtones du Canada et la Couronne et, dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*, elle a reconnu l’existence d’une telle relation entre la Couronne et les Métis. Par conséquent, le jugement déclaratoire demandé n’a aucune utilité pratique, parce qu’il ne ferait que réaffirmer des principes de droit bien établis.

[54] Le troisième jugement déclaratoire sollicité porte que les Métis et les Indiens non inscrits ont droit à ce que le gouvernement fédéral les consulte et négocie avec eux de bonne foi sur une base collective, par l’entremise de représentants de leur choix, relativement à l’ensemble de leurs droits, intérêts et besoins en tant que peuples autochtones.

[55] L’argument invoqué au soutien du troisième jugement déclaratoire est que les conférences des

*Act, 1982*⁹ did not yield the hoped-for results in identifying and defining Aboriginal rights. The subsequent lack of progress implies that the federal government has not fulfilled its constitutional obligations.

[56] However, *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, [2014] 2 S.C.R. 257, and *Powley* already recognize a context-specific duty to negotiate when Aboriginal rights are engaged. Because it would be a restatement of the existing law, the third declaration too lacks practical utility.

⁹ 37. (1) A constitutional conference composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada within one year after this Part comes into force.

(2) The conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda an item respecting constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, including the identification and definition of the rights of those peoples to be included in the Constitution of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on that item.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of the conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

37.1 (1) In addition to the conference convened in March 1983, at least two constitutional conferences composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces shall be convened by the Prime Minister of Canada, the first within three years after April 17, 1982 and the second within five years after that date.

(2) Each conference convened under subsection (1) shall have included in its agenda constitutional matters that directly affect the aboriginal peoples of Canada, and the Prime Minister of Canada shall invite representatives of those peoples to participate in the discussions on those matters.

(3) The Prime Minister of Canada shall invite elected representatives of the governments of the Yukon Territory and the Northwest Territories to participate in the discussions on any item on the agenda of a conference convened under subsection (1) that, in the opinion of the Prime Minister, directly affects the Yukon Territory and the Northwest Territories.

(4) Nothing in this section shall be construed so as to derogate from subsection 35(1).

premiers ministres prévues aux art. 37 et 37.1 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁹ n'ont pas produit les résultats souhaités quant à la détermination et à la définition des droits ancestraux. Le peu de progrès réalisé par la suite impliquerait que le gouvernement fédéral ne s'est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles.

[56] Toutefois, les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 257, et *Powley* reconnaissent déjà l'existence d'une obligation de négocier lorsque des droits ancestraux sont en jeu, obligation qui est fonction du contexte particulier. Comme il réaffirmerait des principes de droit existants, le troisième jugement déclaratoire demandé n'a lui non plus aucune utilité pratique.

⁹ 37. (1) Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la présente partie, le premier ministre du Canada convoque une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada, notamment la détermination et la définition des droits de ces peuples à inscrire dans la Constitution du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour de la conférence visée au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

37.1 (1) En sus de la conférence convoquée en mars 1983, le premier ministre du Canada convoque au moins deux conférences constitutionnelles réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même, la première dans les trois ans et la seconde dans les cinq ans suivant le 17 avril 1982.

(2) Sont placées à l'ordre du jour de chacune des conférences visées au paragraphe (1) les questions constitutionnelles qui intéressent directement les peuples autochtones du Canada. Le premier ministre du Canada invite leurs représentants à participer aux travaux relatifs à ces questions.

(3) Le premier ministre du Canada invite des représentants élus des gouvernements du territoire du Yukon et des territoires du Nord-Ouest à participer aux travaux relatifs à toute question placée à l'ordre du jour des conférences visées au paragraphe (1) et qui, selon lui, intéresse directement le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest.

(4) Le présent article n'a pas pour effet de déroger au paragraphe 35(1).

[57] For the foregoing reasons, while I agree with the Federal Court of Appeal and the trial judge that the second and third declarations should not be granted, I would restore the trial judge's decision that the word "Indians" in s. 91(24) includes Métis and non-status Indians.

[58] The appeal is therefore allowed in part and the Federal Court of Appeal's conclusion that the first declaration should exclude non-status Indians or apply only to those Métis who meet the *Powley* criteria, is set aside. It follows that the cross-appeal is dismissed. The appellants are entitled to their costs.

Appeal allowed in part and cross-appeal dismissed, with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: University of Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the respondents/appellants on cross-appeal: Attorney General of Canada, Saskatoon, Ottawa and Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the interveners the Native Council of Nova Scotia, the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and the Native Council of Prince Edward Island: Burchells, Halifax.

Solicitors for the intervener the Metis Settlements General Council: Witten, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Métis Federation of Canada: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

[57] Pour les motifs qui précèdent, bien que je convienne avec la Cour d'appel fédérale et le juge de première instance qu'il n'y a pas lieu de prononcer les deuxième et troisième jugements déclaratoires, je rétablirais la décision du juge de première instance selon laquelle le mot « Indiens » utilisé au par. 91(24) inclut les Métis et les Indiens non inscrits.

[58] Le pourvoi est donc accueilli en partie et la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle le premier jugement déclaratoire devrait exclure les Indiens non inscrits ou ne s'appliquer qu'aux Métis qui satisfont aux critères énoncés dans l'arrêt *Powley* est annulée. Le pourvoi incident est en conséquence rejeté. Les appelants ont droit à leurs dépens.

Pourvoi accueilli en partie et pourvoi incident rejeté, avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Université d'Ottawa, Ottawa; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur des intimés/appellants au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Saskatoon, Ottawa et Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs des intervenants Native Council of Nova Scotia, New Brunswick Aboriginal Peoples Council et Native Council of Prince Edward Island : Burchells, Halifax.

Procureurs de l'intervenant Metis Settlements General Council : Witten, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Fédération Métisse du Canada : Devlin Gailus Westaway, Victoria.

Solicitors for the intervener the Aseniwuche Winewak Nation of Canada: JFK Law Corporation, Vancouver and Victoria.

Solicitors for the intervener the Chiefs of Ontario: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Solicitors for the intervener the Gift Lake Métis Settlement: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitors for the intervener the Native Alliance of Quebec: Gagné Letarte, Québec.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Solicitor for the intervener the Métis National Council: Métis National Council, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Aseniwuche Winewak Nation of Canada : JFK Law Corporation, Vancouver et Victoria.

Procureurs de l'intervenant Chiefs of Ontario : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Gift Lake Métis Settlement : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance autochtone du Québec : Gagné Letarte, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Gowling WLG (Canada) Inc., Ottawa.

Procureur de l'intervenant le Ralliement national des Métis : Ralliement national des Métis, Ottawa.

TAB 9

Date: 20090121

Docket: A-174-08

Citation: 2009 FCA 15

**CORAM: RICHARD C.J.
DÉCARY J.A.
NOËL J.A.**

BETWEEN:

DEMOCRACY WATCH

Applicant

and

CONFLICT OF INTEREST AND ETHICS COMMISSIONER

Respondent

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Intervener

Heard at Ottawa, Ontario, on January 21, 2009.

Judgment delivered from the Bench at Ottawa, Ontario, on January 21, 2009.

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY:

RICHARD C.J.

Date: 20090121

Docket: A-174-08

Citation: 2009 FCA 15

**CORAM: RICHARD C.J.
DÉCARY J.A.
NOËL J.A.**

BETWEEN:

DEMOCRACY WATCH

Applicant

and

CONFLICT OF INTEREST AND ETHICS COMMISSIONER

Respondent

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Intervener

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT

(Delivered from the Bench at Ottawa, Ontario, on January 21, 2009)

RICHARD C.J.

[1] This is an application for judicial review by Democracy Watch pursuant to section 28 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 arising out of a request to the Conflict of Interest and Ethics Commissioner (the ‘Commissioner’) dated November 26, 2007 for an investigation of and ruling on decisions and participation in decisions by Prime Minister Stephen Harper and Minister of Justice

and Attorney General Robert Nicholson, and for a recusal ruling for all Cabinet ministers concerning the Mulroney-Schreiber situation.

[2] On January 7, 2007, the Commissioner responded to the applicant, explaining that she did not have sufficient credible evidence to suggest that Mr. Harper, Mr. Nicholson, or any other individual mentioned in the applicant's letter was in a conflict of interest in violation of the *Conflict of Interest Act*, S.C. 2006, c. 9, s. 2 (the 'Act'). Accordingly, the Commissioner found that she did not have sufficient grounds to begin an examination pursuant to subsection 45(1) of the Act.

[3] The applicant requests the following in its notice of application:

- An order quashing the decision of the Commissioner and directing the Commissioner to proceed with a full investigation into the applicant's complaint or, in the alternative, an order quashing the decision of the Commissioner and sending it back with directions for reconsideration by the Commissioner;
- A declaration that Democracy Watch was deprived of its right to a fair hearing; and
- A declaration that subsections 44(1) to 44(6) of the *Conflict of Interest Act* violate sections 2(b) and 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Legislative Scheme

[4] *An Act to establish conflict of interest and post-employment rules for public office holders* (the *Conflict of Interest Act*) was introduced on April 11, 2006 during the first session of the

39th Parliament as part of Bill C-2, now entitled the *Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9.

This legislation was given Royal Assent in December 2006 and came into force on July 9, 2007.

[5] Section 3 of the *Conflict of Interest Act* (the ‘Act’) declares that the purpose of the Act is to:

- | | |
|--|--|
| (a) establish clear conflict of interest and post-employment rules for public office holders; | a) d’établir à l’intention des titulaires de charge publique des règles de conduite claires au sujet des conflits d’intérêts et de l’après-mandat; |
| (b) minimize the possibility of conflicts arising between the private interests and public duties of public office holders and provide for the resolution of those conflicts in the public interest should they arise; | b) de réduire au minimum les possibilités de conflit entre les intérêts personnels des titulaires de charge publique et leurs fonctions officielles, et de prévoir les moyens de régler de tels conflits, le cas échéant, dans l’intérêt public; |
| (c) provide the Conflict of Interest and Ethics Commissioner with the mandate to determine the measures necessary to avoid conflicts of interest and to determine whether a contravention of this Act has occurred; | c) de donner au commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique le mandat de déterminer les mesures nécessaires à prendre pour éviter les conflits d’intérêts et de décider s’il y a eu contravention à la présente loi; |
| (d) encourage experienced and competent persons to seek and accept public office; and | d) d’encourager les personnes qui possèdent l’expérience et les compétences requises à solliciter et à accepter une charge publique; |
| (e) facilitate interchange between the private and public sector. | e) de faciliter les échanges entre les secteurs privé et public. |

[6] The Conflict of Interest and Ethics Commissioner was created to replace the position of the Ethics Commissioner. In addition to certain supervisory and enforcement roles, the Act gives the Commissioner investigatory powers to determine whether a contravention of the Act has occurred.

[7] Specifically, the Act contemplates two mechanisms by which an investigation may be commenced by the Commissioner. First, under subsection 44(3) of the Act, the Commissioner must examine possible contraventions of the Act if a member of the Senate or the House of Commons so requests, as long as the Commissioner does not determine that the request is frivolous, vexatious, or is made in bad faith. Second, subsection 45(1) provides that the Commissioner may conduct an examination on his or her own initiative if he or she has reason to believe that the Act has been contravened.

[8] Section 66 states that all decisions and orders of the Commissioner are final and are not reviewable in any court except in accordance with the *Federal Courts Act*.

Analysis

[9] We are all of the view that the Commissioner's letter is not judicially reviewable by this Court, since the Commissioner did not issue a decision or order within the meaning of section 66 of the Act or subsection 18.1(3) of the *Federal Courts Act*.

[10] Where administrative action does not affect an applicant's rights or carry legal consequences, it is not amenable to judicial review (*Pieters v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 556 at paragraph 60; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)* (1998), 148 F.T.R. 3 at paragraph 28; see also *Canadian Institute of Public and Private Real Estate Cos. v. Bell Canada*, 2004 FCA 243 at paragraphs 5 & 7).

[11] The applicant has no statutory right to have its complaint investigated by the Commissioner and the Commissioner has no statutory duty to act on it. There is no provision in the Act that allows a member of the public to request that the Commissioner begin an examination. Indeed, the Act specifically contemplates the route which a member of the public should take if it wishes to present information to the Commissioner:

44. ...

(4) In conducting an examination, the Commissioner may consider information from the public that is brought to his or her attention by a member of the Senate or House of Commons indicating that a public office holder or former public office holder has contravened this Act. The member shall identify the alleged contravention and set out the reasonable grounds for believing a contravention has occurred. ...

44. [...]

(4) Dans le cadre de l'étude, le commissaire peut tenir compte des renseignements provenant du public qui lui sont communiqués par tout parlementaire et qui portent à croire que l'intéressé a contrevenu à la présente loi. Le parlementaire doit préciser la contravention présumée ainsi que les motifs raisonnables qui le portent à croire qu'une contravention a été commise. [...]

[12] Furthermore, any statement made by the Commissioner in her letter does not have any binding legal effect. The Commissioner retains the discretion to commence an investigation into the applicant's complaint if, in the future, she has reason to believe that there has been a contravention of the Act.

[13] The applicant submits that a similar decision made by the Ethics Counsellor, the predecessor to the Ethics Commissioner, was deemed to be judicially reviewable by the Federal Court in *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, [2004] 4 F.C. 83, 2004 FC 969. While we take no position as to whether the Ethics Counsellor's decision was properly reviewable by the Federal

Court, it is nonetheless clear that this decision was made pursuant to a different regime than the one with which we are concerned. The Ethics Counsellor was not acting pursuant to the legislation with which we are presently concerned.

[14] Since we find that the Commissioner's letter was not a reviewable decision or order under section 66 of the Act, this Court does not have the jurisdiction to grant the remedies requested by the applicant.

[15] With respect to the applicant's request for a declaration that subsections 44(1) to 44(6) violate their section 2(b) and 2(d) Charter rights, we find that while this Court can properly hear constitutional challenges within applications for judicial review, the applicant cannot simply tack a constitutional challenge onto an application for judicial review which was inappropriately brought.

[16] Accordingly, the application for judicial review will be dismissed with costs to the respondent only.

"J. Richard"
Chief Justice

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-174-08

STYLE OF CAUSE: DEMOCRACY WATCH v.
CONFLICT OF INTEREST AND
ETHICS COMMISSIONER and
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

PLACE OF HEARING: Ottawa, Ontario

DATE OF HEARING: January 21, 2009

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT BY: (Richard C.J., Décary J.A. and
Noël J.A.)

DELIVERED FROM THE BENCH BY: Richard C.J.

APPEARANCES:

Peter Rosenthal and
Yavar Hameed

FOR THE APPLICANT

Ronald D. Lunau and
Nancy Bélanger

FOR THE RESPONDENT

Christopher Rupar

FOR THE INTERVENER

SOLICITORS OF RECORD:

Hameed Farrokhzad St-Pierre

FOR THE APPLICANT

Gowling Lafleur Henderson LLP

FOR THE RESPONDENT

Office of the Conflict of Interest and Ethics
Commissioner

FOR THE RESPONDENT

John H. Sims, Q.C.
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE INTERVENER

TAB 10

Jeffrey G. Ewert *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Canada (the Commissioner of the Correctional Service of Canada, the Warden of Kent Institution and the Warden of Mission Institution) *Respondent*

and

Native Women’s Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Canadian Human Rights Commission, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association and Union of British Columbia Indian Chiefs *Interveners*

INDEXED AS: EWERT v. CANADA

2018 SCC 30

File No.: 37233.

2017: October 12; 2018: June 13.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Prisons — Inmates — Indigenous offenders — Accuracy of information about offenders — Federal correctional authorities relying on psychological and actuarial assessment tools to make decisions regarding inmates in their custody — Métis inmate challenging reliance on these tools on ground that their validity when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research — Whether correctional authorities breached their statutory obligation to ensure that information about offenders is accurate by using these tools in respect of Indigenous offenders — If so, whether it

Jeffrey G. Ewert *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (le commissaire du Service correctionnel du Canada, le directeur de l’Établissement Kent et le directeur de l’Établissement de Mission) *Intimée*

et

Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Mental Health Legal Committee, West Coast Prison Justice Society, Prisoners’ Legal Services, Commission canadienne des droits de la personne, Aboriginal Legal Services, Criminal Lawyers’ Association (Ontario), British Columbia Civil Liberties Association et Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : EWERT c. CANADA

2018 CSC 30

N° du greffe : 37233.

2017 : 12 octobre; 2018 : 13 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit carcéral — Détenus — Délinquants autochtones — Exactitude des renseignements concernant les délinquants — Recours par les autorités correctionnelles fédérales à des outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à l’égard des détenus dont elles ont la garde — Détenu métis contestant le recours à ces outils au motif que leur validité à l’endroit des délinquants autochtones n’a pas été établie par des recherches empiriques — Les autorités correctionnelles ont-elles manqué à leur obligation légale de veiller à l’exactitude des renseignements concernant les délinquants en utilisant ces

is appropriate to issue declaration that obligation was breached — *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 24(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Principles of fundamental justice — Right to equality — Whether use of psychological and actuarial assessment tools to make decisions about Indigenous offender breached his rights to liberty, security of the person and equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15.

E, who identifies as Métis, is currently serving two concurrent life sentences. He has spent over 30 years in federal custody, in medium and maximum security settings. E challenged the use of five psychological and actuarial risk assessment tools used by the Correctional Service of Canada (“CSC”) to assess an offender’s psychopathy and risk of recidivism, on the basis that they were developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that no research confirmed that they were valid when applied to Indigenous persons. He claimed, therefore, that reliance on these tools in respect of Indigenous offenders breached s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act* (“CCRA”), which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”, as well as ss. 7 and 15 of the *Charter*. The trial judge agreed that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and infringed E’s rights under s. 7 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

Held (Côté and Rowe JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The CSC breached its obligation set out in s. 24(1) of the *CCRA*.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown JJ.: In continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. However, the CSC’s reliance on the results generated by the impugned tools

outils à l’endroit des délinquants autochtones? — Dans l’affirmative, est-il indiqué de rendre un jugement déclaratoire portant qu’il y a eu manquement à cette obligation? — Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Principes de justice fondamentale — Droit à l’égalité — L’utilisation d’outils d’évaluation psychologique et actuarielle pour prendre des décisions à propos d’un délinquant autochtone a-t-elle porté atteinte à ses droits à la liberté, à la sécurité de sa personne et à l’égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15.

E, qui affirme être Métis, purge actuellement deux peines concurrentes d’emprisonnement à perpétuité. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne. E a contesté le recours par le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à cinq outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque pour évaluer la psychopathie d’un délinquant et le risque de récidive qu’il présente au motif qu’ils avaient été élaborés et mis à l’épreuve à l’endroit d’une population principalement non autochtone, et qu’aucune recherche ne confirmait qu’ils étaient valides dans le cas des Autochtones. Il a donc soutenu que le recours à ces outils à l’égard de délinquants autochtones enfreignait le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (« *LSCMLC* »), qui oblige le SCC à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets », de même que les art. 7 et 15 de la *Charte*. Le juge du procès a convenu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et avait porté atteinte aux droits que garantit à E l’art. 7 de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

Arrêt (les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Brown : En continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC a manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC* de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts. Cependant, l’utilisation

does not constitute an infringement of E's rights under s. 7 or s. 15 of the *Charter*.

The inquiry into whether the CSC met its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, the obligation in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools. In the ordinary sense of the words in s. 24(1), the knowledge derived from the impugned tools by the CSC is information about an offender.

This interpretation is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* deal with different aspects of the CSC's collection, use and dissemination of different types of information. When they are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information. This reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1), which applies to any information, was intended to have broad application. The context of these other provisions also confirms that the broad scope of s. 24(1) is not limited by the narrower scope of s. 24(2). Furthermore, the legislative scheme within which the CSC operates and the CSC's practice based on the scheme contemplate that the CSC will use the results generated by the tools in making important decisions about offenders, and CSC policy requires its use in certain circumstances. This favours applying the obligation in s. 24(1) to this information.

In addition, the statutory purpose of the correctional system supports this interpretation. Accurate information about an offender's psychological needs and the risk he or she poses is crucial to achieving the system's purpose of contributing to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through safe and humane custody of inmates and assisting in their rehabilitation and reintegration into the community. Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information is also consistent with the paramount consideration for the CSC: the protection of society may be undermined if inaccurate tests are applied and risk is underestimated. The nature of

par le SCC des résultats produits par les outils contestés ne constitue pas une atteinte aux droits garantis à E par les art. 7 ou 15 de la *Charte*.

L'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Si on lit les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés. Selon le sens ordinaire des mots du par. 24(1), les connaissances que le SCC tire des outils contestés sont des « renseignements » concernant un délinquant.

Cette interprétation est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* portent sur différents aspects de la collecte, de l'utilisation et de la diffusion de divers types de renseignements par le SCC. Lorsqu'on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu'une disposition s'applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements en question. Cela renforce la conclusion selon laquelle il entendait que l'obligation prévue au par. 24(1) — qui s'applique aux renseignements (*any information*) — soit d'application large. Le contexte de ces autres dispositions confirme lui aussi que la portée générale du par. 24(1) n'est pas restreinte par la portée plus restrictive du par. 24(2). De plus, le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC et la pratique appliquée par le SCC sur son fondement envisagent que le SCC utilisera les résultats produits par les outils contestés pour prendre des décisions importantes concernant les délinquants et la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances. Cela joue en faveur de leur assujettissement à l'obligation prévue au par. 24(1).

En outre, l'objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie cette interprétation. Les renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente sont cruciaux pour atteindre l'objet du système de contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant à la réadaptation des détenus et à leur réinsertion sociale. Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC : la protection

the information derived from the impugned tools provides further support for this interpretation: these tools are considered useful because the information from them can be scientifically validated; therefore, it should be accurate. As a result, the CSC's statutory obligation at s. 24(1) applies to results generated by the impugned assessment tools.

The second question to be addressed is whether the CSC breached its obligation, and more specifically, whether it failed to take all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons. Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes all reasonable steps will vary with the context. In this case, the trial judge's conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required is amply supported by the record. The CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of these tools exhibiting cultural bias yet took no action to confirm their validity and continued to use them in respect of Indigenous offenders, despite the fact that research would have been feasible. In doing so, the CSC did not meet the legislated standard set out in s. 24(1). This conclusion is supported by the interpretation and application of the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*. This principle requires that correctional policies, programs and practices must respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and must be responsive to the special needs of equity-seeking groups, and in particular Indigenous persons. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) and the legislative history of the *CCRA* that s. 4(g) should be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for Indigenous offenders. It is critical that the CSC give this direction meaningful effect. In the context of the present case, this means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned tools in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders. The CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances. For the correctional system to operate fairly and effectively, the assumption that all

de la société peut être compromise si des résultats de test inexacts sont utilisés, et les risques, sous-estimés. La nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus cette interprétation : les outils en question sont jugés utiles parce que les renseignements qu'ils produisent peuvent être scientifiquement validés; ces renseignements devraient donc être exacts. En conséquence, l'obligation qu'impose le par. 24(1) au SCC s'applique aux résultats générés par les outils d'évaluation contestés.

La seconde question à trancher est de savoir si le SCC a manqué à son obligation et, plus précisément, s'il a omis de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu'ils sont utilisés à l'égard d'Autochtones. Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu'il prenne toutes les mesures possibles. Ce en quoi consiste la mesure du possible varie selon le contexte. En l'espèce, le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n'a pas pris les mesures raisonnables qui s'imposaient. Le SCC savait depuis longtemps qu'on se préoccupait de la possibilité que ces outils soient empreints d'un préjugé culturel, mais il n'a rien fait pour confirmer leur validité et a continué à les utiliser à l'égard des délinquants autochtones, et ce, même si des recherches auraient pu être menées. En agissant ainsi, le SCC n'a pas respecté l'obligation légale énoncée au par. 24(1). Cette conclusion est étayée par l'interprétation et l'application du principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Ce principe exige que les directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, et en particulier de ceux des Autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l'al. 4g) et de l'historique législatif de la *LSCMLC* que cet alinéa doit être considéré comme une directive du législateur au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne les délinquants autochtones. Il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à cette directive. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels

offenders can be treated fairly by being treated the same way must be abandoned. The CSC's inaction with respect to the concerns raised about the impugned tools fell short of what s. 24(1) required it to do.

In the circumstances of this case, it is appropriate to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought. These criteria are met. Although a declaration is an exceptional and discretionary remedy which should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question, the statutory grievance mechanism that may be available to E has not been effective and he should not be required to begin the grievance process anew.

E has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*. To establish that the CSC's reliance on the impugned tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth, E had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the government objective. He has not done so: there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of the former is completely unrelated to the government objective. E also failed to meet his onus of establishing that a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — should be found to exist. Similarly, E has not established the infringement of his rights under s. 15 of the *Charter* that he alleged. The trial judge could not have found, on the evidence before him, that the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities

entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones. Le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour les délinquants autochtones et adaptés à leurs besoins et à leur situation. Pour que le système correctionnel fonctionne de manière équitable et efficace, il faut cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon. Le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1), vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils contestés.

Dans les circonstances de l'espèce, il est opportun de prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*. Un tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité. Ces conditions sont réunies. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle et discrétionnaire qui devrait habituellement être refusée lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le conflit ou de protéger les droits en question, le mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi dont peut se prévaloir E ne s'est pas avéré efficace et ce dernier ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs.

E n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*. Pour établir que le recours par le SCC aux outils contestés violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive, E devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif du gouvernement. Il ne l'a pas fait : le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement. E ne s'est pas non plus acquitté de son fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence d'un nouveau principe de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. De même, E n'a pas démontré l'atteinte reprochée aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Le juge du procès n'aurait pas pu conclure, au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé

because of such an overestimation. His conclusion should not be disturbed.

Per Côté and Rowe JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority with respect to E's ss. 7 and 15 *Charter* claims. However, there is disagreement that s. 24(1) of the *CCRA* imposes an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. Although it is important to address Indigenous overrepresentation in prison, and there is concern with the CSC's inaction with respect to the issue raised by E, it was not Parliament's intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1). The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates' test scores. Interpreted in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and the object of the *CCRA* and the intention of Parliament, the words of s. 24(1) refer to biographical or factual information about an offender, such as age, criminal record, behaviour in prison, or courses taken with a view to rehabilitation, that should be accurate, up to date, and complete. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward: s. 23 lists information that is to be recorded, s. 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date, and s. 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies. The *CCRA*'s goals of managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society require good decision-making based on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information, thus it serves an important function. However, that function does not include verifying the validity of the impugned tools. Rather, the scheme reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy to make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met. The word "information" in ss. 24(1) and 24(2), consecutive subsections of the same provision, should be given the same meaning. These provisions are about accurate record-keeping, not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and if necessary, pursue judicial review.

There is also disagreement with the majority as to the remedy. A declaration should not be granted, even in the

par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Sa conclusion ne doit pas être modifiée.

Les juges Côté et Rowe (dissidents en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires en ce qui concerne les demandes de E fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il y a toutefois désaccord avec l'opinion selon laquelle le par. 24(1) de la *LSCMLC* impose au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. Bien qu'il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons et que l'on se soucie du défaut du SCC de résoudre la question soulevée par E, le législateur ne souhaitait pas obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1). La portée de l'obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Interprétés dans leur contexte global et suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LSCMLC* ainsi que l'intention du législateur, les termes du par. 24(1) renvoient aux renseignements d'ordre biographique ou factuel concernant le délinquant, tels que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison ou les cours qu'il a suivis en vue de sa réadaptation, qui doivent être à jour, exacts et complets. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple : l'art. 23 dresse la liste des renseignements à consigner, le par. 24(1) exige du SCC qu'il consigne ces renseignements avec exactitude et qu'il les tienne à jour, et le par. 24(2) offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets. L'atteinte des objectifs de la *LSCMLC* de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société passe par un processus décisionnel adéquat qui repose sur des renseignements exacts. Comme l'art. 24 s'attache à l'exactitude des renseignements, il remplit une fonction importante. Or, s'assurer de la validité des outils contestés n'en fait pas partie. Le régime traduit plutôt l'intention du législateur d'offrir aux délinquants un moyen précis de s'assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers. Il convient de donner le même sens au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2), deux paragraphes consécutifs d'un même article. Ces dispositions visent la tenue exacte des dossiers, et non la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire.

Il y a aussi désaccord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Un jugement déclaratoire ne devrait

exceptional circumstances of this case. The proper remedy for breach of statutory duty by a public authority is judicial review for invalidity. Allowing inmates to apply for a declaration would effectively bypass the ordinary process of judicial review and thus fail to accord the deference typically shown to administrative decision makers. This could open the door to undue interference with the discharge of administrative functions in respect of matters delegated to administrative bodies. It is unwise to depart from settled legal principles, even on the facts of this case. The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234.

By Rowe J. (dissenting in part)

R. v. Gladue, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378; *Kim v. Canada*, 2017 FC 848; *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43; *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, aff'd 2016 FCA 177, 483 N.R. 398; *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332; *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

pas être rendu, même dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce. Le recours traditionnellement reconnu lorsqu'une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité. Permettre aux détenus de demander un jugement déclaratoire reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire et les décideurs administratifs n'auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s'ensuivre une immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières. Il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu des faits de l'espèce. Le pourvoi devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378; *Kim c. Canada*, 2017 CF 848; *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218; *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, conf. par 2016 CAF 177; *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332; *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20,
 ss. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 to 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28,
 28 to 31, 30, 80 to 84, 90.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/
 92-620, ss. 13, 17, 18, 74 to 82.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 718.2(e).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 64.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 12.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
 Canada. *Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 1996.
 Canada. Department of Justice and Solicitor General. *Directions for Reform: A Framework for Sentencing, Corrections and Conditional Release*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1990.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, pp. 4430-31.
 Canada. Office of the Auditor General. *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada*. Ottawa, 2016.
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Annual Report 2015-2016*. Ottawa, 2016.
 Canada. Office of the Correctional Investigator. *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act — Final Report*. Ottawa, 2012.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada*. Ottawa, 1996.
 Canada. Solicitor General. *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report*. Ottawa: Public Works and Government Services of Canada, 1998.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.
 Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*. Winnipeg, 1991.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718.2e).
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 12.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20, art. 3, 3.1, 4, 15.1, 23 à 27, 23, 24, 25(1), 26, 27, 28, 28 à 31, 30, 80 à 84, 90.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 13, 17, 18, 74 à 82.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 64.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of David Fairlie. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2013 (loose-leaf updated April 2018, release 1).
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Rapport annuel 2015-2016*, Ottawa, 2016.
 Canada. Bureau de l'enquêteur correctionnel. *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition — Rapport final*, Ottawa, 2012.
 Canada. Bureau du vérificateur général. *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada*, Ottawa, 2016.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431.
 Canada. *Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada*, Ottawa, 1996.
 Canada. Ministère de la justice et Solliciteur général. *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition*. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1990.
 Canada. Solliciteur général. *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1998.
 Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Webb J.J.A.), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] F.C.J. No. 853 (QL), 2016 CarswellNat 3417 (WL Can.), setting aside a decision of Phelan J., 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] F.C.J. No. 1123 (QL), 2015 CarswellNat 4551 (WL Can.). Appeal allowed in part, Côté and Rowe J.J. dissenting in part.

Jason B. Gratl and Eric Purtzki, for the appellant.

Anne Turley and Banafsheh Sokhansanj, for the respondent.

Pam MacEachern and Virginia Lomax, for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies.

Mercedes Perez and Karen A. Steward, for the intervener the Mental Health Legal Committee.

Avnish Nanda, for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services.

Fiona Keith and Sasha Hart, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Emily Hill and Jessica Wolfe, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski and Breana Vandebek, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul Champ and Christine Johnson, for the interveners the British Columbia Civil Liberties

Manitoba. Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People. *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People*, Winnipeg, 1991.

Sarna, Lazar. *The Law of Declaratory Judgments*, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Webb), 2016 CAF 203, 487 N.R. 107, 363 C.R.R. (2d) 120, [2016] A.C.F. n° 853 (QL), 2016 CarswellNat 9943 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Phelan, 2015 CF 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, [2016] 1 C.N.L.R. 50, [2015] A.C.F. n° 1123 (QL), 2015 CarswellNat 9596 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie.

Jason B. Gratl et Eric Purtzki, pour l'appelant.

Anne Turley et Banafsheh Sokhansanj, pour l'intimée.

Pam MacEachern et Virginia Lomax, pour les intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry.

Mercedes Perez et Karen A. Steward, pour l'intervenant Mental Health Legal Committee.

Avnish Nanda, pour les intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services.

Fiona Keith et Sasha Hart, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Emily Hill et Jessica Wolfe, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Anita Szigeti, Jill R. Presser, Andrew Menchynski et Breana Vandebek, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul Champ et Christine Johnson, pour les intervenantes British Columbia Civil Liberties

Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Brown J.J. was delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] A person who is convicted of a criminal offence and sentenced to imprisonment for two years or longer becomes an inmate of Canada's federal correctional system. Parliament has directed in s. 3 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), that the purpose of the correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society. This purpose is to be achieved by two means: first, by carrying out sentences through the safe and humane custody of offenders and, second, by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and the community. The Correctional Service of Canada (“CSC”) is the entity charged with ensuring that the purpose of the correctional system is achieved.

[2] In order to fulfill its mandate, the CSC must make numerous decisions about each inmate in its custody. For example, it is required to assign a security classification of maximum, medium or minimum to each inmate, taking into account the risk to public safety posed by the inmate, the inmate's likelihood of escape, and the inmate's institutional supervision needs: see *CCRA*, s. 30; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, s. 18. The CSC must decide in which penitentiary to house each inmate, taking into account factors such as the safety of the inmate, other inmates and the public, and the availability of rehabilitative programs and services: see *CCRA*, s. 28. It develops a correctional plan for each inmate in order to ensure that inmates receive the most effective programs to rehabilitate them and prepare them for reintegration into the community on their release: see *CCRA*, s. 15.1. The CSC also

Association et l'Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Quiconque est reconnu coupable d'une infraction criminelle et condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus devient un détenu du système correctionnel fédéral. À l'article 3 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLC »), le législateur précise que le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité. Le système correctionnel doit le faire, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois. Le Service correctionnel du Canada (« SCC ») est l'organisme chargé de veiller à ce que l'objet du système correctionnel soit atteint.

[2] Pour s'acquitter de son mandat, le SCC doit prendre de nombreuses décisions concernant les détenus dont il a la garde. À titre d'exemple, il doit assigner à chacun d'eux une cote de sécurité selon les catégories dites maximale, moyenne et minimale, en tenant compte de la menace pour la sécurité du public que pose le détenu, du risque d'évasion qu'il présente et du degré de surveillance qu'il requiert (voir *LSCMLC*, art. 30; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 18). Le SCC doit décider dans quel pénitencier le détenu purgera sa peine, en tenant compte de facteurs tels que sa sécurité, la sécurité des autres détenus et celle du public, ainsi que l'accessibilité à des programmes et services de réadaptation (voir *LSCMLC*, art. 28). Il élabore un plan correctionnel pour chaque détenu afin d'assurer aux détenus les meilleurs programmes dans le but de

decides whether to recommend to the Parole Board of Canada that an inmate be released on parole.

[3] If the CSC is to effectively assist in the rehabilitation of inmates while ensuring the safety of other inmates and staff members and the protection of society as a whole, it must base its decisions about inmates in its custody on sound information. This is explicitly recognized in s. 24(1) of the *CCRA*, which requires the CSC to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible”.

[4] This appeal concerns a challenge by the appellant, Jeffrey G. Ewert, to the CSC’s use of one particular type of information. Mr. Ewert, who is Métis, challenges the CSC’s reliance on certain psychological and actuarial risk assessment tools on the ground that the validity of the tools when applied to Indigenous offenders has not been established through empirical research.

[5] A judge of the Federal Court concluded that, by relying on these tools despite long-standing concerns about their application to Indigenous offenders, the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and had unjustifiably infringed Mr. Ewert’s rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Federal Court of Appeal overturned both of these findings.

[6] I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert has not established a violation of his *Charter* rights. However, I conclude that the trial judge was correct to find that the CSC had, in continuing to rely on the impugned tools without ensuring that they are valid when applied to Indigenous offenders, breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As I will explain, my conclusion in this respect is informed in part by the guiding principle

favoriser leur réadaptation et de les préparer à leur réinsertion sociale (voir *LSCMLC*, art. 15.1). C’est aussi le SCC qui décide s’il convient de recommander à la Commission des libérations conditionnelles du Canada la mise en liberté conditionnelle d’un détenu.

[3] Pour que le SCC puisse réellement aider à la réadaptation des détenus tout en veillant à la sécurité des autres détenus et des agents, ainsi qu’à la protection de la société dans son ensemble, il doit fonder les décisions qu’il prend au sujet des détenus dont il a la garde sur des renseignements valables. C’est ce que reconnaît explicitement le par. 24(1) de la *LSCMLC*, qui commande au SCC « de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets ».

[4] Dans ce pourvoi, l’appelant, Jeffrey G. Ewert, conteste l’utilisation par le SCC d’un type particulier de renseignement. M. Ewert, qui est Métis, s’oppose au recours par le SCC à certains outils d’évaluation psychologique et actuarielle du risque, soutenant que la validité de ces outils, lorsqu’ils sont utilisés à l’endroit de délinquants autochtones, n’a pas été établie par des recherches empiriques.

[5] Un juge de la Cour fédérale a conclu qu’en s’appuyant sur ces outils malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps au sujet de leur utilisation à l’égard de délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et avait, sans justification, porté atteinte aux droits que garantit à M. Ewert l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d’appel fédérale a infirmé ces deux conclusions.

[6] Je conviens avec la Cour d’appel fédérale que M. Ewert n’a pas établi la violation de ses droits garantis par la *Charte*. Toutefois, j’estime que le juge du procès a eu raison de conclure qu’en continuant de se fier aux outils contestés sans s’assurer de leur validité à l’endroit des délinquants autochtones, le SCC avait manqué à l’obligation qui lui incombait suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme je l’expliquerai, ma conclusion à cet égard s’appuie en partie sur un

in s. 4(g) of the *CCRA*, which provides that correctional policies, programs and practices must respect cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous peoples.

[7] For the reasons that follow, I would allow Mr. Ewert's appeal in part, and declare that the CSC did in fact breach the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. Although a declaration is an exceptional remedy, it is one that is available in the circumstances of this case and one that this Court should exercise its discretion to grant.

II. Background

[8] Mr. Ewert is 56 years old. He identifies as Métis.

[9] Mr. Ewert was convicted of murder and attempted murder for strangling and sexually assaulting two women in two separate incidents in 1984. Mr. Ewert is currently serving two concurrent life sentences for these offences. He has spent over 30 years in federal custody and has been held in medium and maximum security settings during that time.

[10] Mr. Ewert has been eligible to apply for day parole since 1996 and for full parole since 1999. He has waived his right to each parole hearing for which he has been eligible.

[11] At trial, Mr. Ewert challenged the CSC's use of five psychological and actuarial risk assessment tools. One of these is the Hare Psychopathy Checklist-Revised ("PCL-R"), a tool that was designed to assess the presence of psychopathy but is also used to assess the risk of recidivism. Mr. Ewert also challenged the use of the Violence Risk Appraisal Guide ("VRAG") and the Sex Offender Risk Appraisal Guide ("SORAG"), two actuarial tools designed to assess the risk of violent recidivism; the Static-99, an actuarial tool designed to estimate the probability of sexual and violent recidivism; and the Violence Risk Scale – Sex Offender ("VRS-SO"), a rating

examen du principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*, qui prévoit que les directives d'orientation générale, programmes et pratiques du SCC doivent respecter les différences culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert et de déclarer que le SCC a effectivement manqué à l'obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Bien que le jugement déclaratoire soit une réparation exceptionnelle, celui-ci est possible en l'espèce, et la Cour devrait accorder une telle réparation dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

II. Contexte

[8] M. Ewert est âgé de 56 ans. Il affirme être Métis.

[9] M. Ewert a été reconnu coupable de meurtre et de tentative de meurtre pour avoir étranglé et agressé sexuellement deux femmes lors de deux incidents distincts survenus en 1984. Il purge actuellement deux peines concurrentes d'emprisonnement à perpétuité pour ces crimes. Il a passé plus de 30 ans dans des établissements correctionnels fédéraux à sécurité maximale et à sécurité moyenne.

[10] M. Ewert est admissible à demander la libération conditionnelle de jour depuis 1996 et à la libération conditionnelle totale depuis 1999. Il a renoncé à son droit à une audience pour la libération conditionnelle à laquelle il était admissible.

[11] Au procès, M. Ewert a contesté le recours par le SCC à cinq outils d'évaluation psychologique et actuarielle du risque. L'un de ces outils est l'échelle de psychopathie de Hare — révisée (« PCL-R »), un outil qui a été conçu pour évaluer la présence de psychopathie, mais qui est aussi utilisé pour mesurer le risque de récidive. M. Ewert a également contesté le recours au Guide d'évaluation du risque de violence (« GERV ») et au Guide d'évaluation du risque chez les délinquants sexuels (« GERDS »), deux outils actuariels conçus pour évaluer le risque de récidive violente; la Statique-99, un outil actuariel conçu pour estimer la probabilité de récidive sexuelle

scale designed to assess the risk of sexual recidivism that is used in connection with the delivery of sex offender treatment.

[12] Mr. Ewert claimed that while he has been incarcerated, the CSC has relied on these tools in conducting needs and risk assessments on him. He further claimed that these tools had been developed and tested on predominantly non-Indigenous populations and that there was no research confirming that they were valid when applied to Indigenous persons. Mr. Ewert submitted that, therefore, the CSC's reliance on the impugned tools in respect of Indigenous offenders represented a failure by the CSC to take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about offenders that it uses, as required by s. 24(1) of the *CCRA*. He also argued that the CSC's reliance on the tools was contrary to the guiding principle now set out in s. 4(g) of the *CCRA* that correctional policies and practices must respect ethnic and cultural differences and be responsive to the special needs of Indigenous persons. Further, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on tools that had not been shown to be valid when applied to Indigenous offenders infringed his rights under ss. 7 and 15 of the *Charter*. He sought declaratory relief and an injunction preventing the CSC from using the impugned tools in respect of him or disseminating any results generated by the tools in his case.

III. Judgments Below

A. *Federal Court (Phelan J.), 2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15*

[13] At trial, Mr. Ewert relied in support of his claims on the expert evidence of Dr. Stephen Hart, a professor of psychology at Simon Fraser University. Dr. Hart was qualified to give opinion evidence in the area of the development, application and validity of actuarial and psychological instruments used by the CSC. The trial judge generally accepted Dr. Hart's evidence. In particular, he accepted and relied on Dr. Hart's evidence that tests like the impugned tools

ou violente; l'Échelle des risques de violence : Délinquants sexuels (« ERVDS »), une échelle visant à évaluer le risque de récidive sexuelle qui est employée relativement à la prestation des traitements destinés aux délinquants sexuels.

[12] M. Ewert a prétendu que durant son incarcération, le SCC a utilisé ces outils pour procéder à des évaluations du risque et des besoins à son sujet. Il a ajouté que ces outils avaient été élaborés et mis à l'épreuve à l'endroit d'une population principalement non autochtone, et qu'aucune recherche ne confirmait qu'ils étaient valides dans le cas des Autochtones. M. Ewert a donc fait valoir qu'en se fiant aux outils contestés à l'égard de délinquants autochtones, le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à l'exactitude des renseignements qu'il utilise concernant les délinquants, comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il a également soutenu que l'utilisation de ces outils par le SCC était contraire au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC*, selon lequel les directives d'orientation générale et les pratiques du SCC doivent respecter les différences ethniques et culturelles et tenir compte des besoins propres aux Autochtones. Toujours selon M. Ewert, l'utilisation par le SCC d'outils dont la validité n'a pas été démontrée dans le cas des délinquants autochtones a porté atteinte aux droits que lui garantissent les art. 7 et 15 de la *Charte*. Il a sollicité un jugement déclaratoire et une injonction empêchant le SCC d'utiliser les outils contestés à son égard ou de diffuser les résultats générés par ces outils à son sujet.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale (le juge Phelan), 2015 CF 1093*

[13] Au procès, M. Ewert a fondé ses prétentions sur le témoignage d'expert de M. Stephen Hart, professeur de psychologie à l'Université Simon Fraser. M. Hart a été reconnu comme expert pour livrer un témoignage d'opinion dans les domaines de l'élaboration, de l'application et de la validité des instruments actuariels et psychologiques utilisés par le SCC. Le juge du procès a de façon générale retenu le témoignage de M. Hart, plus particulièrement que

are susceptible to “cross-cultural bias” or “variance”. Dr. Hart testified that cross-cultural variance occurs when the reliability or validity of an assessment tool varies depending on the cultural background of the individual to whom the tool is applied. He further testified that membership in a cultural group is assessed through self-identification and that acculturation is a matter of degree. Generally speaking, however, because of the significant cultural differences between Indigenous and non-Indigenous Canadians, the impugned tools — which were developed for and validated by studies on predominantly non-Indigenous populations — are more likely than not to be cross-culturally variant to some degree when applied to Indigenous individuals. Dr. Hart testified that notwithstanding his opinion that the tools were likely to be affected by cultural bias, he could not express an opinion on the impact of that bias: it could be subtle and tolerable or it could be profound and intolerable.

[14] The trial judge also accepted Dr. Hart’s evidence that although there are a number of types of analyses that can be employed to establish that an actuarial test is free of cross-cultural variance, none of them have been completed for the impugned tools. One academic study published in 2013 suggests that the PCL-R does validly predict the recidivism risk posed by Indigenous offenders, but Dr. Hart discounted it because, for one thing, it is based on a small sample size. Dr. Hart’s evidence led the trial judge to find that the scores generated by the impugned tools when applied to Indigenous individuals ought not to be relied upon “in and of themselves”: para. 56.

[15] The respondent, to whom I will refer as the “Crown” in these reasons, presented the conflicting expert evidence of Dr. Marnie Rice, a clinical psychologist, researcher and professor of psychology and psychiatry. Dr. Rice testified that the impugned tools are valid and are not affected by cultural bias with respect to Indigenous offenders. The trial judge found Dr. Rice’s evidence to be of little assistance

les tests, comme ceux contestés, sont susceptibles d’être biaisés par des « préjugés interculturels » ou de la « variance ». M. Hart a déclaré que de la variance interculturelle se produit lorsque la fiabilité ou la validité des outils d’évaluation varie en fonction de l’héritage culturel de l’individu à l’égard de qui ils sont utilisés. Il a ajouté que l’appartenance à un groupe culturel est évaluée en fonction de l’auto-identification, et que l’acculturation est une question de degré. De façon générale, toutefois, en raison des différences culturelles importantes qui séparent les Canadiens autochtones des non-Autochtones, il est plus probable que les outils contestés — qui ont été élaborés à l’endroit d’une population principalement non autochtone et validés par des études réalisées sur une telle population — comportent vraisemblablement une certaine variance interculturelle dans le cas des Autochtones. M. Hart a déclaré que, bien qu’il estime que les outils étaient probablement empreints d’un préjugé culturel, il ne pouvait se prononcer sur l’effet de ce préjugé : il pouvait tout aussi bien être subtil et tolérable que profond et intolérable.

[14] Le juge du procès a également retenu le témoignage de M. Hart, selon qui il existe plusieurs types d’analyse qui permettent de démontrer qu’un test actuariel ne donne lieu à aucune variance interculturelle, mais aucune de ces analyses n’a été menée à l’égard des outils contestés. Selon une étude scientifique publiée en 2013, la PCL-R permet de prédire valablement le risque de récidive posé par les délinquants autochtones, mais M. Hart a écarté cette étude notamment à cause de la petite taille de l’échantillon sur lequel elle portait. Le témoignage de M. Hart a amené le juge du procès à conclure que les résultats produits par les outils contestés lorsque ceux-ci étaient utilisés à l’égard d’Autochtones ne devraient pas « à eux seuls » être considérés comme des données fiables (par. 56 (CanLII)).

[15] L’intimée, que j’appellerai « la Couronne » dans les présents motifs, a présenté le témoignage d’expert contradictoire de M^{me} Marnie Rice, psychologue clinicienne, chercheuse et professeure de psychologie et de psychiatrie. Selon M^{me} Rice, les outils contestés sont valides et ne sont pas empreints d’un préjugé culturel dans le cas des délinquants autochtones. Le juge du procès a jugé peu utile le

and concluded that it could not be relied upon, except where it was consistent with that of Dr. Hart.

[16] The trial judge accepted that the CSC had relied on results generated by certain of the impugned tools in making decisions that affected key aspects of Mr. Ewert's incarceration. Specifically, he found that results generated by these tools were one factor CSC decision-makers had considered in deciding whether to recommend that Mr. Ewert be granted parole, in determining his security classification, and in denying requests for escorted temporary absences. The trial judge also found that it was common practice in the CSC to use the impugned tools to assess an inmate's psychopathy or risk of violence, and that the scores derived from these assessments were required to be taken into account in determining an inmate's overall security rating.

[17] Citing the evidence of the Crown's fact witness, a former head of research at the CSC, the trial judge found that the CSC had been aware of concerns about the validity of the application of the impugned tools to Indigenous offenders since 2000, but that it had conducted no research to verify the validity of their application in that context.

[18] These findings led the trial judge to conclude that, by continuing to rely on the impugned tools without confirming — even though it had long had concerns in this respect — that they are valid when applied to Indigenous persons, the CSC had failed to “take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate . . . as possible” as is required by s. 24(1) of the *CCRA*.

[19] The trial judge also concluded that the CSC had, by relying on the impugned tools, infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*. The trial judge was satisfied that Mr. Ewert's s. 7 liberty interest had been adversely affected by decisions related to his security classification, his suitability for parole and his requests for temporary absences, and that his security of the person interest under that section was engaged by the impact on him of being

témoignage de M^{me} Rice et a conclu qu'on ne pouvait s'y fier, sauf dans la mesure où il était compatible avec celui de M. Hart.

[16] Le juge du procès a reconnu que le SCC s'était fondé sur les résultats obtenus au moyen de certains des outils contestés pour prendre des décisions qui ont influé, à des égards importants, sur l'incarcération de M. Ewert. Plus particulièrement, il a conclu que les résultats générés par ces outils faisaient partie des facteurs dont les décideurs du SCC avaient tenu compte pour décider de recommander ou non que M. Ewert soit libéré sous condition, pour déterminer sa cote de sécurité et pour refuser ses demandes de permission de sortir avec escorte. Le juge du procès a également conclu que le SCC se servait couramment des outils contestés pour évaluer la psychopathie d'un détenu ou son risque de violence, et que les résultats obtenus au moyen de ces tests devaient être pris en compte pour déterminer la cote de sécurité globale d'un détenu.

[17] Citant la déposition présentée par le témoin des faits de la Couronne, l'ancien directeur général de la Recherche au SCC, le juge du procès a conclu que le SCC savait depuis l'an 2000 que la validité du recours aux outils contestés dans le cas des délinquants autochtones suscitait des inquiétudes, mais qu'il n'avait mené aucune recherche pour vérifier la validité de leur utilisation dans ce contexte.

[18] En raison de ces constats, le juge du procès a conclu qu'en continuant de se fier aux outils contestés sans s'assurer de la validité de leur utilisation à l'égard des Autochtones — malgré les préoccupations soulevées depuis longtemps à ce sujet — le SCC n'avait pas « veill[é], dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise [. . .] soient [. . .] exacts », comme l'exige le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[19] Le juge du procès a également conclu qu'en se fiant aux outils contestés, le SCC avait porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*. Selon lui, les décisions du SCC concernant la cote de sécurité, le bien-fondé de la libération conditionnelle et les demandes de permission de sortir de M. Ewert ont lésé le droit à la liberté dont ce dernier bénéficie en vertu de l'art. 7; le droit à la sécurité de la personne que lui garantit cette disposition était

labelled a psychopath. The trial judge concluded that these deprivations of liberty and security of the person were contrary to the principles of fundamental justice. The CSC's application of the impugned tools to Indigenous inmates was arbitrary and overbroad given the purpose and objective being pursued by the CSC in making decisions, which the trial judge characterized as being to predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety. These infringements could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[20] Mr. Ewert argued, in the alternative, that the CSC's use of the impugned tools was contrary to a proposed new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law. The trial judge concluded that it was unnecessary to address this argument. The trial judge also held that the factual record was not sufficiently developed to support Mr. Ewert's argument that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

[21] Having concluded that the CSC had breached a statutory duty owed to Mr. Ewert and had violated his rights under s. 7 of the *Charter*, the trial judge ordered an interim injunction that prohibited the CSC from using results generated by the impugned tools with respect to Mr. Ewert. The trial judge also indicated his intention to issue a final order enjoining the use of these tools in respect of Mr. Ewert and other Indigenous inmates until, at a minimum, the CSC had conducted a study that confirmed the reliability of the tools for use in respect of Indigenous offenders. The details of the final order were to be addressed at a remedies hearing.

B. *Federal Court of Appeal (Dawson J.A., Nadon and Webb J.J.A. Concurring), 2016 FCA 203, 487 N.R. 107*

[22] The Federal Court of Appeal allowed the Crown's appeal from the trial judge's interim order.

[23] The Federal Court of Appeal concluded that the trial judge had applied an incorrect legal test in

en jeu en raison des répercussions que l'étiquette de psychopathe a eues sur lui. Le juge du procès a conclu que ces privations de liberté et de sécurité de la personne contrevenaient aux principes de justice fondamentale. L'utilisation faite par le SCC des outils contestés à l'égard de détenus autochtones était arbitraire et sa portée était excessive vu l'objet de ses décisions qui, selon le juge, est de prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public. Ces atteintes ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

[20] M. Ewert a soutenu, subsidiairement, que l'utilisation par le SCC des outils contestés était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale, à savoir que l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cet argument. Toujours selon lui, les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés pour étayer la prétention de M. Ewert que l'on avait porté atteinte aux droits que lui reconnaît l'art. 15 de la *Charte*.

[21] Après avoir conclu que le SCC avait manqué à une obligation légale qu'il avait envers M. Ewert et avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à ce dernier, le juge du procès a prononcé une injonction interlocutoire interdisant au SCC d'utiliser les résultats générés par les outils contestés à l'égard de M. Ewert. Il a également exprimé l'intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l'utilisation de ces outils à l'endroit de M. Ewert et des autres détenus autochtones jusqu'à ce que, à tout le moins, le SCC ait mené une étude qui confirme la fiabilité de ces instruments dans le cas des délinquants autochtones. La Cour fédérale devait régler les détails de l'ordonnance définitive lors de l'audience relative aux réparations.

B. *Cour d'appel fédérale (la juge Dawson, avec l'accord des juges Nadon et Webb), 2016 CAF 203*

[22] La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel interjeté par la Couronne contre l'ordonnance provisoire du juge du procès.

[23] La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge du procès avait appliqué le mauvais critère juridique

deciding whether Mr. Ewert had established a breach of s. 24(1) of the *CCRA*. The Court of Appeal stated that, to find that s. 24(1) had been breached, the trial judge had to be satisfied on a balance of probabilities that the assessment tools produce or are likely to produce false results and conclusions when applied to Indigenous persons. Because there was no evidence showing that to be the case, Mr. Ewert had not established that the CSC had failed to take all reasonable steps to ensure that the information it used about Indigenous inmates was as accurate as possible.

[24] The Court of Appeal also held that to establish a violation of s. 7 of the *Charter*, Mr. Ewert had to establish on a balance of probabilities that the impugned tools produce inaccurate results when applied to Indigenous inmates. The trial judge had erred in failing to require Mr. Ewert to meet this standard, as he had instead relied on the absence of evidence proving the accuracy and reliability of the assessment tools when applied to Indigenous offenders to find that Mr. Ewert had established a s. 7 violation.

[25] Finally, the Court of Appeal rejected Mr. Ewert's argument that it should find that his rights under s. 15 of the *Charter* had been infringed.

IV. Issues

[26] Mr. Ewert's appeal to this Court raises the following issues:

- A. Did the CSC breach its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* by failing to take all reasonable steps to ensure the accuracy of the results generated by the impugned tools when applied to Indigenous offenders?
- B. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*?
- C. Did the CSC's reliance on results generated by the impugned tools constitute an unjustified infringement of Mr. Ewert's rights under s. 15 of the *Charter*?

pour décider si M. Ewert avait établi une contravention au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Elle a précisé que, pour conclure à pareille contravention, le juge du procès devait être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que les outils d'évaluation produisent ou sont susceptibles de produire des résultats et des conclusions erronés dans le cas des Autochtones. En l'absence de toute preuve en ce sens, M. Ewert n'a pas établi que le SCC n'avait pas veillé, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilisait concernant les détenus autochtones soient les plus exacts possible.

[24] La Cour d'appel a aussi conclu que, pour établir une violation de l'art. 7 de la *Charte*, M. Ewert devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, que les outils contestés produisent des résultats inexacts à l'égard des détenus autochtones. Le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exiger de M. Ewert qu'il satisfasse à cette norme, et en se fondant plutôt sur l'absence de preuve démontrant l'exactitude et la fiabilité des outils d'évaluation dans le cas des délinquants autochtones pour conclure que M. Ewert avait établi une violation de l'art. 7.

[25] Enfin, la Cour d'appel a rejeté l'argument de M. Ewert selon lequel elle devrait conclure qu'il avait été porté atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*.

IV. Questions en litige

[26] L'appel formé par M. Ewert devant notre Cour soulève les questions suivantes :

- A. Le SCC a-t-il manqué à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* en ne veillant pas, dans la mesure du possible, à l'exactitude des résultats produits par les outils contestés dans le cas des délinquants autochtones?
- B. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la *Charte*?
- C. L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la *Charte*?

V. Analysis

[27] In this Court, Mr. Ewert’s argument that the CSC breached its obligation under the *CCRA* has been made primarily in support of the further argument that this constituted an infringement of his rights under the *Charter*. Mr. Ewert argues that this Court should recognize a new principle of fundamental justice, namely that the state must obey the law, and he further argues that he was deprived of liberty and security of the person contrary to that principle, because the CSC was in breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. Mr. Ewert has failed to establish his *Charter* claims. I nonetheless agree with the trial judge that Mr. Ewert has established that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. In the exceptional circumstances of this case, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to grant a declaration to this effect. I will set out my reasons for reaching this conclusion after explaining the basis for my finding that the CSC was in breach of the obligation in s. 24(1) of the *CCRA* and for my conclusion that Mr. Ewert’s *Charter* claims should be dismissed.

A. *Did the CSC Breach Its Obligation Under Section 24(1) of the CCRA?*

[28] In order to determine whether the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, the scope of that obligation must first be defined. Then, the CSC’s conduct must be examined in order to determine whether the CSC met the legislated standard.

[29] To interpret the scope of the obligation provided for in s. 24(1), I will apply the modern approach to statutory interpretation: “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Because the *CCRA* is federal

V. Analyse

[27] Devant notre Cour, M. Ewert a fait valoir que le SCC avait manqué à l’obligation qui lui incombe suivant la *LSCMLC* essentiellement pour étayer son autre argument selon lequel ce manquement constituait une atteinte à ses droits reconnus par la *Charte*. M. Ewert plaide l’opportunité pour la Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, à savoir que l’État doit respecter la loi, soutenant par ailleurs qu’il a été privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne en contravention de ce principe, parce que le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. M. Ewert n’a pas réussi à établir le bien-fondé de ses prétentions soumises en vertu de la *Charte*. Je partage néanmoins l’avis du juge du procès selon lequel M. Ewert a démontré que le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Dans les circonstances exceptionnelles de la présente affaire, il convient que la Cour accorde, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, un jugement déclaratoire en ce sens. J’exposerai les motifs pour lesquels j’arrive à ce constat après avoir expliqué le fondement de ma conclusion selon laquelle le SCC avait manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* et de ma conclusion selon laquelle les demandes de M. Ewert fondées sur la *Charte* devraient être rejetées.

A. *Le SCC a-t-il manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la LSCMLC?*

[28] Pour savoir si le SCC a manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*, il convient dans un premier temps de cerner l’étendue de cette obligation. Il faudra ensuite examiner la conduite du SCC afin de décider si ce dernier a respecté la norme légale.

[29] Pour interpréter l’étendue de l’obligation prévue au par. 24(1), j’utiliserai la méthode moderne d’interprétation des lois : « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87). La

legislation, the interpretation exercise must also be guided by s. 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which reads as follows:

12 Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[30] In the instant case, the inquiry into whether the CSC has met the obligation set out in s. 24(1) gives rise to two main questions. The first is whether results generated by the impugned tools are a type of information to which s. 24(1) applies. If the answer is yes, the second question is whether the CSC took sufficient steps to ensure the accuracy of that information. I will discuss each of these questions in turn.

(1) Does the Obligation Provided for in Section 24(1) of the *CCRA* Apply to Results Generated by the Impugned Tools?

[31] The first issue to address is whether the obligation provided for in s. 24(1) of the *CCRA* applies to results generated by the impugned tools. Mr. Ewert argues that it does, while the Crown argues that it does not. The Crown submits that s. 24(1) requires only that information be properly gathered and recorded, and that the obligation imposed by that provision is inapplicable to the results generated by the impugned tools. For the reasons set out below, I would reject the Crown's argument. Reading the words of s. 24(1) in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme and objects of the *CCRA*, I conclude that the obligation provided for in s. 24(1) applies to results generated by the impugned tools.

[32] Section 24(1) of the *CCRA* reads as follows:

Accuracy, etc., of information

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

LSCMLC étant une loi fédérale, son interprétation doit aussi s'appuyer sur l'art. 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, lequel prévoit :

12 Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[30] Dans l'affaire qui nous occupe, l'analyse visant à déterminer si le SCC a respecté l'obligation énoncée au par. 24(1) soulève deux questions principales. D'abord, les résultats produits par les outils contestés sont-ils des renseignements du type de ceux auxquels s'applique le par. 24(1)? Dans l'affirmative, le SCC a-t-il pris des mesures suffisantes pour veiller à l'exactitude de ces renseignements? J'examinerai successivement chacune de ces questions.

(1) L'obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* s'applique-t-elle aux résultats produits par les outils contestés?

[31] La première question à laquelle il nous faut répondre est celle de savoir si l'obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* s'applique aux résultats générés par les outils contestés. M. Ewert soutient que oui, alors que la Couronne prétend le contraire. D'après la Couronne, le par. 24(1) exige uniquement que les renseignements soient recueillis et consignés correctement, et l'obligation qu'impose cette disposition ne s'applique pas aux résultats produits par les outils contestés. Pour les motifs exposés ci-après, je rejette l'argument de la Couronne. Si je lis les termes du par. 24(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et les objets de la *LSCMLC*, je conclus que l'obligation prévue au par. 24(1) s'applique aux résultats générés par les outils contestés.

[32] Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* est ainsi libellé :

Exactitude des renseignements

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

[33] On its face, the obligation imposed by s. 24(1) of the *CCRA* appears to apply to information derived from the impugned tools. Section 24(1) provides that the obligation applies to “any information about an offender that [the CSC] uses”. In the ordinary sense of these words, the knowledge the CSC might derive from the impugned tools — for example, that an offender has a personality disorder or that there is a high risk that an offender will violently reoffend — is “information” about that offender. The trial judge found that the CSC uses results generated by the impugned tools in making various decisions about offenders. Thus, those results are “information about an offender that [the CSC] uses” in the ordinary meaning of those words. The fact that s. 24(1) applies to “any” such information confirms that, if its words are read in their grammatical and ordinary sense, it applies to the information at issue in this case.

[34] This interpretation of s. 24(1) is supported by the relevant statutory context. Sections 23 through 27 of the *CCRA* all fall under the heading “Information” and must be read together. However, although these sections all relate generally to information, they deal with different aspects of the CSC’s collection, use and dissemination of information and apply to different types of information. For example, s. 23(1) enumerates specific types of information the CSC must obtain when a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary. Section 25(1) requires the CSC to disclose to bodies authorized to supervise offenders “all information under its control that is relevant to release decision-making”. Section 26 governs the disclosure of information about an offender to a victim of an offence, enumerating, for example, specific information that *must* be disclosed to the victim (s. 26(1)(a)) and other information that *may* be disclosed to the victim in specific circumstances (s. 26(1)(b)). Section 27 governs the disclosure to an offender of information considered in taking a decision about him or her, requiring that in certain circumstances the offender be given “all the information” to be considered or that was considered

[33] À première vue, l’obligation imposée par le par. 24(1) de la *LSCMLC* semble s’appliquer aux renseignements tirés des outils contestés. Le paragraphe 24(1) dispose que l’obligation s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants ». Selon le sens ordinaire de ces mots, les connaissances que le SCC peut tirer des outils contestés — par exemple, qu’un délinquant souffre d’un trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive violente — sont des « renseignements » concernant ce délinquant. Le juge du procès a conclu que le SCC utilise les résultats générés par les outils contestés pour prendre différentes décisions à l’égard des délinquants. Ces résultats sont donc des « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants », selon le sens ordinaire de ces mots. Le fait que le par. 24(1) s’applique aux renseignements ainsi utilisés (« “any” such information ») confirme que, si on lit ses termes en suivant leur sens ordinaire et grammatical, il s’applique aux renseignements en cause dans la présente affaire.

[34] Cette interprétation du par. 24(1) est étayée par le contexte législatif pertinent. Les articles 23 à 27 de la *LSCMLC* sont tous regroupés sous la rubrique « Renseignements » et doivent être lus en corrélation. Or, bien qu’ils aient de façon générale tous trait aux renseignements, ils portent sur différents aspects de la collecte, de l’utilisation et de la diffusion de renseignements par le SCC, et ils s’appliquent à différents types de renseignements. À titre d’exemple, le par. 23(1) énumère certains types de renseignements que le SCC doit obtenir après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier. Le paragraphe 25(1) oblige le SCC à communiquer aux organismes agréés en matière de surveillance de délinquants « les renseignements pertinents dont il dispose [. . .] pour prendre la décision de les mettre en liberté ». L’article 26 régit la communication à la victime de renseignements au sujet d’un délinquant. On y énumère, par exemple, les renseignements précis qui *doivent* être communiqués à la victime (al. 26(1)a)) et les autres renseignements qui *peuvent* lui être communiqués dans certaines circonstances (al. 26(1)b)). L’article 27 régit la communication au délinquant des renseignements entrant

in the taking of the decision, or a summary of that information.

[35] When ss. 23 through 27 are read together, it is clear that where Parliament intended a particular provision to apply to only certain types of information, it enumerated them or otherwise qualified the scope of the information to which a particular provision was to apply. This further reinforces the conclusion that the obligation in s. 24(1) — which applies to “any information about an offender that [the CSC] uses” — was intended to have broad application.

[36] Furthermore, reading s. 24(1) in the context of the other provisions in ss. 23 through 27 confirms that the broad scope of the obligation in s. 24(1) should not be limited by the evidently narrower scope of s. 24(2). Section 24(2) provides that it applies to information the CSC has obtained pursuant to s. 23(1) and then disclosed to an offender pursuant to s. 23(2). However, the fact that subs. 24(2) is in the same section as subs. 24(1) does not mean that these two provisions were intended to have identical scopes. As I mentioned above, certain provisions in s. 26 expressly apply to different types of information, but s. 26 as a whole deals generally with the disclosure of information to victims. And whereas the subsections of s. 27 all deal generally with giving information to offenders, ss. 27(1) and 27(2) address the giving of information in different circumstances. Likewise, ss. 24(1) and 24(2) both deal generally with the accuracy of information. It does not follow that they apply to identical types of information. Had Parliament intended s. 24(1) to apply only to information the CSC has collected pursuant to s. 23(1), it could have said so explicitly. Moreover, it could have placed the two subsections of s. 24 in s. 23 instead of placing them together in a separate section. In any case, the fact that subs. 24(1) and 24(2) are in the same section is not sufficient to overcome the clear language of the words “any information”, which

en ligne de compte dans une décision à son sujet, et exige que, dans certaines circonstances, on lui communique « tous les renseignements » entrant en ligne de compte ou pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

[35] Lorsqu’on lit ensemble les art. 23 à 27, on voit clairement que, lorsque le législateur a voulu qu’une disposition s’applique seulement à certains renseignements, il les a énumérés ou a autrement restreint la portée des renseignements auxquels la disposition est censée s’appliquer. Cela renforce davantage la conclusion selon laquelle il entendait que l’obligation prévue au par. 24(1) — qui s’applique aux « renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » (« any information about an offender that [the CSC] uses ») — soit d’application large.

[36] Qui plus est, la lecture du par. 24(1) à la lumière des autres dispositions contenues aux art. 23 à 27 confirme que la portée générale de l’obligation prévue à ce paragraphe ne saurait être restreinte par la portée manifestement plus restrictive du par. 24(2). Le paragraphe 24(2) précise qu’il s’applique aux renseignements que le SCC a obtenus conformément au par. 23(1), puis communiqués au délinquant en application du par. 23(2). Toutefois, ce n’est pas parce que les par. 24(2) et 24(1) se trouvent dans le même article qu’ils sont censés avoir la même portée. Comme je l’ai mentionné précédemment, certaines dispositions de l’art. 26 s’appliquent expressément à différents types de renseignements, mais l’ensemble de l’art. 26 vise de façon générale la communication de renseignements aux victimes. Et si les paragraphes de l’art. 27 traitent tous généralement de la communication de renseignements au délinquant, les par. 27(1) et (2) concernent les différentes circonstances dans lesquelles ceux-ci sont communiqués. De même, les par. 24(1) et (2) traitent tous deux de façon générale de l’exactitude des renseignements, ce qui ne veut pas dire qu’ils s’appliquent aux mêmes types de renseignements. Si le législateur avait voulu que le par. 24(1) s’applique seulement aux renseignements recueillis par le SCC en conformité avec le par. 23(1), il aurait pu le dire explicitement. Il aurait aussi pu incorporer les

indicate that the obligation provided for in s. 24(1) has a broad scope.

[37] The legislative scheme within which the CSC operates also favours a reading of the words “any information about an offender that [the CSC] uses” in s. 24(1) that includes results generated by the impugned tools. Both that legislative scheme and the CSC’s practice based on the scheme contemplate CSC decision-makers using information such as results generated by the impugned tools in making important decisions about offenders. For example, s. 17 of the *Corrections and Conditional Release Regulations* requires the CSC to consider “any physical or mental illness or disorder suffered by the inmate” and “the inmate’s potential for violent behaviour” in determining the security classification to be assigned to an inmate. Moreover, according to evidence presented at trial, it is CSC policy to require that psychological risk assessments be conducted with respect to offenders in some circumstances, including where an inmate serving a life sentence is being considered for conditional release. The fact that the legislative scheme contemplates that the CSC will use information such as results generated by the impugned tools indicates that the scheme also contemplates that the information will be subject to the obligation provided for in s. 24(1). And the fact that CSC policy requires the use of this information in certain circumstances favours applying the obligation to it.

[38] In addition, the statutory purpose of the correctional system supports an interpretation according to which the CSC’s obligation under s. 24(1) extends to the accuracy of psychological or actuarial test results that it uses. As I mentioned above, the system’s purpose is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by carrying out sentences through the safe and humane custody of inmates and by assisting in their rehabilitation and their reintegration into the community as law-abiding

deux paragraphes de l’art. 24 à l’art. 23 plutôt que de les regrouper dans un article distinct. Quoi qu’il en soit, le fait que les par. 24(1) et (2) se trouvent dans le même article ne saurait écarter le sens clair des mots « les renseignements » (en anglais « *any information* »), qui indiquent que l’obligation prévue au par. 24(1) a une vaste portée.

[37] Le régime législatif dans le cadre duquel œuvre le SCC favorise également une interprétation des mots « les renseignements [que le SCC] utilise concernant les délinquants » au par. 24(1) qui englobe les résultats produits par les outils contestés. Autant ce régime législatif que la pratique appliquée par le SCC sur son fondement prévoient que les décisions importantes concernant les délinquants sont prises par le SCC en fonction de ces résultats. À titre d’exemple, l’art. 17 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* exige du SCC qu’il tienne compte de « toute maladie physique ou mentale ou tout trouble mental dont il souffre » et de « sa propension à la violence » pour déterminer la cote de sécurité à assigner à chaque détenu. Par ailleurs, selon la preuve présentée au procès, le SCC a pour politique d’exiger une évaluation psychologique du risque dans certains cas, notamment lorsqu’un détenu purgeant une peine d’emprisonnement à perpétuité est évalué en vue d’une libération conditionnelle. Le fait que le régime législatif envisage que le SCC utilisera des renseignements comme les résultats produits par les outils contestés indique qu’il envisage également que ces renseignements seront assujettis à l’obligation prévue au par. 24(1). Et le fait que la politique du SCC exige le recours à ces renseignements dans certaines circonstances joue en faveur de leur assujettissement à l’obligation.

[38] En outre, l’objectif de la loi relatif au système correctionnel appuie l’interprétation selon laquelle l’obligation qu’impose au SCC le par. 24(1) s’étend à l’exactitude des résultats des tests psychologiques ou actuariels qu’il utilise. Comme je l’ai mentionné précédemment, l’objet du système est de contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant à la réadaptation

citizens: *CCRA*, s. 3. Having accurate information about an offender's psychological needs and the risk the offender poses is doubtless crucial for the CSC to effectively achieve this purpose. Thus, the system's purpose is best furthered by interpreting s. 24(1) of the *CCRA* broadly.

[39] Accurate information about an offender's psychological needs is also necessary for the CSC to comply with the guiding principle set out in s. 4(c) of the *CCRA*, namely that the CSC is to use necessary and proportionate measures to attain the purpose referred to in s. 3. And interpreting s. 24(1) such that the obligation to ensure the accuracy of information applies to the results of psychological tests is consistent with the guiding principle in s. 4(g) that the CSC's practices must be responsive to the needs of equity-seeking groups, including persons requiring mental health care. This is because psychological tests, including some of the tests at issue in this case, are used to assess the psychological and treatment needs of such persons.

[40] Interpreting s. 24(1) as applying to a broad range of information, including psychological test results and recidivism risk assessments, is also consistent with the paramount consideration for the CSC set out in s. 3.1 of the *CCRA*: the protection of society. Mr. Ewert's concern in this case is that, as a result of cultural bias, the impugned psychological tests and risk assessments incorrectly identify him as having psychopathic personality disorder or overestimate the risk that he will reoffend. But when the CSC uses tests whose accuracy is in question, there is also a risk of the converse: that psychological or actuarial tests that are inaccurate when applied to a particular cultural group may underestimate risk, thereby undermining the protection of society.

des détenus et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois (*LSCMLC*, art. 3). Disposer de renseignements exacts sur les besoins psychologiques d'un délinquant et le risque qu'il présente est indubitablement crucial pour permettre effectivement au SCC d'atteindre cet objectif. Ainsi, une interprétation large du par. 24(1) de la *LSCMLC* favorise l'atteinte de l'objet du système.

[39] Le SCC doit également pouvoir compter sur des renseignements exacts concernant les besoins psychologiques d'un délinquant afin de pouvoir se conformer au principe de fonctionnement énoncé à l'al. 4c) de la *LSCMLC*, à savoir que le SCC doit prendre les mesures nécessaires et proportionnelles pour atteindre l'objectif mentionné à l'art. 3. Et interpréter le par. 24(1) de manière à ce que l'obligation de veiller à l'exactitude des renseignements s'applique aux résultats des tests psychologiques s'accorde avec le principe de fonctionnement de l'al. 4g), selon lequel les pratiques du SCC doivent tenir compte des besoins propres aux groupes en quête d'équité, notamment les personnes ayant besoin de soins de santé mentale. En effet, les tests psychologiques, y compris certains des tests en litige dans la présente affaire, sont utilisés en vue de l'évaluation des besoins psychologiques et en matière de traitement de ces personnes.

[40] Interpréter le par. 24(1) comme s'appliquant à un vaste éventail de renseignements, y compris aux résultats de tests psychologiques et aux évaluations du risque de récidive, s'accorde également avec le critère prépondérant appliqué par le SCC aux termes de l'art. 3.1 de la *LSCMLC* : la protection de la société. En l'espèce, ce qui inquiète M. Ewert, c'est qu'en raison de préjugés culturels, les tests psychologiques et les évaluations du risque contestés lui attribuent à tort un trouble de personnalité psychopathique ou exagèrent le risque de récidive qu'il présente. Or, lorsque le SCC utilise les tests dont la fiabilité est mise en question, le risque contraire apparaît lui aussi, à savoir que les tests psychologiques ou actuariels dont les résultats sont inexacts dans le cas d'un certain groupe culturel sous-estiment les risques et compromettent par le fait même la protection de la société.

[41] Finally, the nature of the information derived from the impugned tools provides further support for its inclusion in the scope of the words “any information” in s. 24(1). In oral argument, the Crown took the position that actuarial tests are an important tool because the information derived from them is objective and thus mitigates against bias in subjective clinical assessments. In other words, the impugned tools are considered useful *because* the information derived from them can be scientifically validated. In my view, this is all the more reason to conclude that s. 24(1) imposes an obligation on the CSC to take reasonable steps to ensure that the information is accurate.

[42] I accordingly reject the Crown’s argument that the obligation in s. 24(1) relates only to information-gathering and record-keeping — that is, that the CSC’s obligation extends only to ensuring that information about an offender is accurately recorded. Had Parliament so intended, it would have been simple enough to provide that the obligation was “to take all reasonable steps to ensure that any information the CSC uses is accurately recorded”. Moreover, an obligation to ensure accurate record-keeping would be relatively easy for the CSC to meet. The obligation s. 24(1) *actually* creates with respect to ensuring accuracy is qualified: what is required is that “all reasonable steps” be taken to ensure that information is “as accurate . . . as possible”. The fact that Parliament considered these qualifications necessary suggests that s. 24(1) requires more than simply good record-keeping.

[43] The Crown also argues that the obligation to ensure accuracy provided for in s. 24(1) should not apply to results generated by the impugned tools, because it is inappropriate to speak of “accuracy” in the context of actuarial science. The Crown submits that actuarial scores cannot be described as being “accurate” or “inaccurate”; rather, they may have “different levels of predictive validity, in the sense that they predict poorly, moderately well or strongly”: R.F., at para. 106. However, the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described

[41] Enfin, la nature des renseignements tirés des outils contestés renforce encore plus l’idée qu’ils sont visés par les mots « les renseignements » au par. 24(1). Lors de sa plaidoirie, la Couronne a fait valoir que les tests actuariels sont un outil important parce que les renseignements qui en découlent sont objectifs et qu’ils viennent donc atténuer les distorsions propres aux évaluations cliniques subjectives. Autrement dit, les outils contestés sont jugés utiles *parce que* les renseignements qu’ils produisent peuvent être scientifiquement validés. À mon avis, il faut en conclure à plus forte raison que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts.

[42] Je rejette en conséquence l’argument de la Couronne selon lequel l’obligation du par. 24(1) ne se rapporte qu’à la collecte de renseignements et à la tenue de dossiers — c’est-à-dire que le SCC doit seulement veiller à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient consignés correctement. Si c’est ce que le législateur voulait, il aurait pu simplement préciser que l’obligation consistait à « veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements que le SCC utilise soient consignés correctement ». De plus, il serait relativement facile pour le SCC de s’acquitter de l’obligation de veiller à consigner avec exactitude les renseignements utilisés. L’obligation d’exactitude créée *dans les faits* par le par. 24(1) est limitée : ce qui est exigé, c’est que « dans la mesure du possible », le SCC veille à ce que les renseignements soient « exacts ». Le fait que le législateur ait jugé cette limite nécessaire tend à indiquer que le par. 24(1) exige davantage qu’une simple bonne tenue de dossiers.

[43] La Couronne soutient également que l’obligation d’exactitude prévue au par. 24(1) ne devrait pas s’appliquer aux résultats générés par les outils contestés, parce qu’il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle. La Couronne souligne que les estimations actuarielles ne peuvent être qualifiées d’« exactes » ou d’« inexactes »; en fait, on peut dire de leur capacité prédictive qu’elle est [TRANSCRIPTION] « faible, assez bonne ou forte » (m.i., par. 106). Toutefois, l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature

using general rather than technical language. Even if we accept that actuarial science draws a distinction between the concepts of “accuracy” and “predictive validity”, it is not inappropriate to apply the obligation provided for in s. 24(1) to actuarial test scores: in this context, the obligation to take all reasonable steps to ensure that information is “as accurate . . . as possible” may be understood to mean that the CSC must take steps to ensure that it relies on test scores that predict risks strongly rather than those that do so poorly.

[44] In any case, at trial, both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use that tool. For example, Dr. Hart testified that “validity” is a term of art in psychology that refers to “the accuracy or meaningfulness of test scores” and that “with respect to a violence risk assessment tool, the accuracy would be the ability of the test scores to forecast future violence”: A.R., vol. XX, at pp. 6635-36. Similarly, Dr. Rice testified that, in the context of risk assessment instruments, “validity” refers to “the accuracy of measurement” or “[t]he degree to which an assessment measures what it’s supposed to measure”: “accurate predictions are said to be valid”: A.R., vol. XXI, at pp. 6770-71. That the experts understood that accuracy is a concept relevant to the impugned tools makes sense. The PCL-R produces a numerical score that is meant to indicate whether the subject has a psychopathic personality disorder; if PCL-R scores actually reflect the subject’s state in this regard, they can, in ordinary language, be said to be accurate. Similarly, if the results generated by assessment tools meant to assess the risk of recidivism actually correspond to the risk that the subject will reoffend, they can be said to be accurate.

[45] In light of the words, the context and the purpose of s. 24(1) of the *CCRA*, I conclude that results generated by the impugned tools are “information” within the meaning of that provision. As a result, the

générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques. Même si nous acceptons que la science actuarielle établit une distinction entre les notions d’« exactitude » et de « validité prédictive », il n’est pas inopportun d’assujettir les résultats de tests actuariels à l’obligation prévue au par. 24(1) : dans ce contexte, l’obligation de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » signifierait que le SCC doit veiller à ce que les résultats de tests sur lesquels il s’appuie aient une capacité forte plutôt que faible à prédire les risques.

[44] Quoi qu’il en soit, au procès, les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil. Par exemple, M. Hart a affirmé que la [TRADUCTION] « validité » est un terme technique en psychologie qui désigne « l’exactitude ou l’utilité des résultats des tests » et que « pour ce qui est de l’outil d’évaluation du risque de violence, l’exactitude s’entendrait de la capacité des résultats du test de prévoir la perpétration de futurs actes de violence » (d.a., vol. XX, p. 6635-6636). De même, M^{me} Rice a mentionné que, dans le contexte des instruments d’évaluation du risque, la [TRADUCTION] « validité » s’entend de « l’exactitude de la mesure » ou « de jusqu’à quel point une évaluation mesure ce qu’elle est censée mesurer » : « les prédictions exactes sont jugées valables » (d.a., vol. XXI, p. 6770-6771). Que les experts aient compris l’importance que revêt le concept d’exactitude des outils contestés va de soi. La PCL-R produit des résultats numériques censés indiquer si le sujet souffre d’un trouble de personnalité psychopathique; si les résultats de la PCL-R reflètent véritablement l’état du sujet à cet égard, on peut dire, en termes simples, qu’ils sont exacts. De même, si les résultats générés par les outils destinés à évaluer le risque de récidive correspondent bel et bien au risque de récidive du sujet, on peut dire d’eux qu’ils sont exacts.

[45] Compte tenu des mots, du contexte et de l’objet du par. 24(1) de la *LSCMLC*, je conclus que les résultats générés par les outils contestés sont des « renseignements » au sens de cette disposition. En

CSC’s statutory obligation to take “all reasonable steps” to ensure that information is accurate applies to them.

(2) Did the CSC Take “All Reasonable Steps” to Ensure That the Information It Used Was Accurate?

[46] Having determined that the obligation provided for in s. 24(1) applies to information derived from the impugned tools, the next question is whether the CSC breached that obligation. More specifically, it must be asked whether the CSC took all reasonable steps to ensure that the impugned tools produce accurate information when applied to Indigenous persons such as Mr. Ewert.

[47] Mr. Ewert bore the onus of establishing on a balance of probabilities that the CSC had breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. As the trial judge correctly found, this did not require Mr. Ewert to prove that the impugned tools produce inaccurate results. The question is not whether the CSC relied on inaccurate information, but whether it took all reasonable steps to ensure that it did not. Showing that the CSC failed to take all reasonable steps in this respect may, as a practical matter, require showing that there was some reason for the CSC to doubt the accuracy of information in its possession about an offender. If the trial judge’s reasons for judgment are read as a whole, it is clear that this is what he meant when he wrote that it was sufficient for Mr. Ewert to raise a “reasonable challenge” to the “reliability” of the assessment tools: para. 82. The trial judge stated clearly that the question to be addressed was whether the CSC’s actions were sufficient to fulfill the legislated standard of all reasonable steps to ensure accuracy, currency and completeness. He made no error in setting out the applicable legal test, and there is no indication that he applied an incorrect standard of proof: see *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 54.

conséquence, l’obligation légale qui incombe au SCC de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient exacts s’applique à eux.

(2) Le SCC a-t-il veillé, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements qu’il a utilisés soient exacts?

[46] Puisqu’il est décidé que l’obligation prévue au par. 24(1) s’applique aux renseignements tirés des outils contestés, il faut se demander si le SCC a manqué à cette obligation et, plus précisément, si le SCC a veillé, dans la mesure du possible, à ce que les outils contestés produisent des renseignements exacts lorsqu’ils sont utilisés à l’égard d’Autochtones comme M. Ewert.

[47] M. Ewert avait le fardeau de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le SCC a manqué à l’obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC*. Comme le juge du procès l’a conclu à bon droit, cela n’obligeait pas M. Ewert à prouver que les outils contestés produisent des résultats inexacts. Il ne s’agit pas de savoir si le SCC s’est fondé sur des résultats inexacts, mais s’il a veillé, dans la mesure du possible, à ce que cela ne soit pas le cas. Pour démontrer que le SCC ne s’est pas acquitté de cette obligation, il faut peut-être, en pratique, prouver que le SCC avait une raison de douter de l’exactitude des renseignements en sa possession au sujet d’un délinquant. Si les motifs du jugement de première instance sont lus comme un tout, il est manifeste que c’est ce que le juge du procès voulait dire lorsqu’il a écrit que M. Ewert n’avait qu’à soulever un « doute raisonnable » quant à la « fiabilité » des outils d’évaluation (par. 82). Le juge du procès a clairement dit que la question à trancher était de savoir si, par ses agissements, le SCC avait satisfait à l’obligation légale qu’il avait de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements soient exacts, à jour et complets. Sa formulation du critère juridique applicable ne comportait aucune erreur et rien n’indique qu’il a appliqué une norme de preuve erronée : voir *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 54.

[48] Section 24(1) requires that the CSC take all reasonable steps to ensure the accuracy of information about an offender that it uses, not all possible steps. What constitutes “all reasonable steps” for the purposes of s. 24(1) of the *CCRA* will vary with the context. The trial judge’s conclusion that the CSC failed to take the reasonable steps required in the particular circumstances of this case is amply supported by the record.

[49] The trial judge noted that the CSC had long been aware of concerns regarding the possibility of psychological and actuarial tools exhibiting cultural bias. Such concerns had in fact led the CSC to conduct research into the validity of certain actuarial tools other than the impugned tools when applied to Indigenous offenders and to cease using those other tools in respect of Indigenous inmates. Similar confirmatory research had also been contemplated by the Federal Court of Appeal in *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 285, 382 N.R. 370. As well, research into the validity of at least some of the impugned tools when applied to members of cultural minority groups had been conducted in other jurisdictions.

[50] By contrast, the trial judge found that the CSC had not taken any action to confirm the validity of the impugned tools and that it had continued to use them in respect of Indigenous offenders without qualification. This was true despite the fact that research by the CSC into the impugned tools, though challenging, would have been feasible. In these circumstances, the trial judge concluded that the CSC’s failure to take *any* steps to ensure the validity of the impugned tools when applied to Indigenous offenders did not meet the legislated standard set out in s. 24(1) of the *CCRA*.

[51] Further support for the conclusion that the CSC’s inaction in this respect constituted a failure to take the requisite reasonable steps can be found in the guiding principle set out in s. 4(g) of the *CCRA*, which the trial judge highlighted as being

[48] Le paragraphe 24(1) exige que le SCC veille, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient exacts, et non qu’il prenne toutes les mesures possibles à cette fin. Ce en quoi consiste « la mesure du possible » pour l’application du par. 24(1) de la *LSCMLC* varie selon le contexte. Le dossier étaye amplement la conclusion du juge du procès selon laquelle le SCC n’a pas pris les mesures raisonnables qui s’imposaient eu égard aux circonstances particulières de l’espèce.

[49] Le juge du procès a fait observer que le SCC savait depuis longtemps qu’on se préoccupait de la possibilité que les outils d’évaluation psychologique et les tests actuariels soient empreints d’un préjugé culturel. D’ailleurs, ce sont ces préoccupations qui ont effectivement poussé le SCC à mener des recherches sur la validité de l’utilisation de certains outils actuariels (mais pas des outils contestés) à l’égard de délinquants autochtones et à ne plus utiliser ces autres outils à l’endroit des détenus autochtones. Dans *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 285, la Cour d’appel fédérale a également envisagé la conduite de telles recherches. Des recherches sur la validité d’au moins certains des outils contestés utilisés à l’égard de membres de minorités culturelles ont aussi été menées dans d’autres ressorts.

[50] Le juge du procès a toutefois conclu que le SCC n’avait rien fait pour confirmer la validité des outils contestés et qu’il avait continué à les utiliser sans réserve à l’égard des délinquants autochtones, et ce, même s’il aurait pu, malgré les difficultés de l’exercice, mener de telles recherches. Le juge du procès a ainsi conclu que l’omission du SCC de faire *quoi ce que soit* pour s’assurer de la validité des outils contestés à l’égard des délinquants autochtones ne respectait pas l’obligation légale énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[51] Le principe de fonctionnement énoncé à l’al. 4g) de la *LSCMLC*, que le juge du procès a estimé particulièrement pertinent pour son examen, étaye aussi la conclusion selon laquelle, par son inaction à cet égard, le SCC n’a pas pris les

of particular relevance to his inquiry. That provision reads as follows:

Principles that guide Service

4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

[52] This is the first opportunity this Court has had to consider the interpretation and application of s. 4(g) of the *CCRA*. The inquiry into its meaning must be guided by the modern approach to statutory interpretation I discussed above in relation to s. 24(1) of the *CCRA*.

[53] In my view, the application of that approach leads to the conclusion that the principle set out in s. 4(g) of the *CCRA* can only be understood as a direction from Parliament to the CSC to advance substantive equality in correctional outcomes for, among others, Indigenous offenders. Section 4(g) represents an acknowledgement of the systemic discrimination faced by Indigenous persons in the Canadian correctional system. This is a long-standing concern, and one that has become more, not less, pressing since s. 4(g) was enacted. In these circumstances, it is critical that the CSC give meaningful effect to s. 4(g) in performing all of its functions. In the context of the present case, giving meaningful effect to s. 4(g) means, at a minimum, addressing the long-standing, and credible, concern that continuing to use the impugned risk assessments in evaluating Indigenous inmates perpetuates discrimination and contributes to the disparity in correctional outcomes between Indigenous and non-Indigenous offenders.

mesures raisonnables requises. L'alinéa 4g) est ainsi libellé :

Principes de fonctionnement

4 Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :

...

g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;

[52] C'est la première fois que notre Cour a la possibilité d'examiner l'interprétation et l'application de l'al. 4g) de la *LSCMLC*. Pour cerner le sens de cette disposition, il convient de recourir à la méthode moderne d'interprétation des lois dont j'ai parlé précédemment au sujet du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[53] À mon avis, le recours à cette méthode nous amène à conclure que l'unique interprétation possible du principe énoncé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* est la suivante : le législateur enjoint au SCC de progresser vers l'égalité réelle des résultats correctionnels en ce qui concerne notamment les délinquants autochtones. Le législateur reconnaît à l'al. 4g) la discrimination systémique vécue par les Autochtones au sein du système correctionnel canadien. Cette préoccupation de longue date est devenue plus urgente depuis l'adoption de l'al. 4g). Dans ces circonstances, il est essentiel que le SCC donne véritablement effet à l'al. 4g) dans l'exercice de toutes ses fonctions. Dans le contexte de la présente affaire, cela veut dire que le SCC doit au moins essayer de répondre aux inquiétudes valables et de longue date selon lesquelles la poursuite de l'utilisation des évaluations du risque contestées à l'égard des détenus autochtones perpétue la discrimination et contribue à la disparité des résultats correctionnels entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones.

[54] It is evident from the grammatical and ordinary sense of the words of s. 4(g) that this provision requires the CSC to ensure that its practices, however neutral they may appear to be, do not discriminate against Indigenous persons. The requirement that the CSC respect differences and be responsive to the special needs of various groups reflects the long-standing principle of Canadian law that substantive equality requires more than simply equal treatment and that, indeed, “identical treatment may frequently produce serious inequality”: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 164-65. Although s. 4(g) is not limited to Indigenous persons, the fact that the provision specifically adverts to the needs of Indigenous persons, as well as of women and persons requiring mental health care, indicates that, in Parliament’s view, those groups are among the most vulnerable to discrimination in the correctional system.

[55] The legislative history of the *CCRA* supports the view that s. 4(g) mandates the CSC to pursue substantive equality in correctional outcomes by respecting the unique needs of equity-seeking groups, and in particular those of Indigenous persons. A guiding principle similar to the one now found in s. 4(g) was among the proposals originally set out in a federal government green paper entitled *Directions for Reform: A Framework for Sentencing Corrections and Conditional Release* (1990): see Canada, Solicitor General, *Towards a Just, Peaceful and Safe Society: The Corrections and Conditional Release Act Five Years Later — Consolidated Report* (1998), at pp. ii and 7; *House of Commons Debates*, vol. IV, 3rd Sess., 34th Parl., November 4, 1991, at pp. 4430-31 (Hon. Doug Lewis). One of the concerns identified in *Directions for Reform* was that although the correctional system had shortcomings even in “managing a homogenous population of offenders” (p. 10), the function to which it was geared, its shortcomings were even more acute for women, Indigenous persons, racialized persons, persons with mental health issues and other distinct groups. The authors acknowledged that the profound effects of this disparity called into question the very effectiveness, fairness and even-handedness of the corrections system, and they called for reforms to promote equity and predictability in the system and in decisions

[54] Il ressort du sens grammatical et ordinaire des mots de l’al. 4g) que le SCC doit s’assurer que ses pratiques — aussi neutres semblent-elles — ne sont pas discriminatoires à l’endroit des Autochtones. L’exigence que le SCC respecte les différences et réponde aux besoins propres à divers groupes témoigne du principe bien établi en droit canadien selon lequel l’égalité réelle requiert plus qu’une simple égalité de traitement et qu’en fait, « un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 164-165. L’alinéa 4g) ne vise pas uniquement les Autochtones, mais le fait que la disposition renvoie expressément à leurs besoins ainsi qu’à ceux des femmes et des personnes nécessitant des soins de santé mentale indique que le législateur perçoit ces groupes comme parmi les plus susceptibles de faire l’objet de discrimination dans le système correctionnel.

[55] L’historique législatif de la *LSCMLC* appuie le point de vue selon lequel l’al. 4g) prescrit au SCC de viser l’égalité réelle des résultats correctionnels en respectant les besoins propres aux groupes en quête d’équité, et en particulier ceux des Autochtones. Un principe de fonctionnement semblable à celui qui figure maintenant à l’al. 4g) se trouvait parmi les propositions initialement formulées par le gouvernement fédéral dans le livre vert intitulé *Vers une réforme : Un cadre pour la détermination de la peine, les affaires correctionnelles et la mise en liberté sous condition* (1990) (voir Canada, Solliciteur général, *Pour une société juste, paisible et sûre : La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition cinq ans plus tard — Rapport global* (1998), p. ii et 7; *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 3^e sess., 34^e lég., 4 novembre 1991, p. 4430-4431 (l’hon. Doug Lewis)). Une des sources de préoccupation relevées dans le document intitulé *Vers une réforme* était que si le système correctionnel accusait des lacunes même dans la « gestion d’une population homogène de délinquants » (p. 13), en fonction de laquelle il était conçu, ces lacunes étaient encore plus graves dans le cas des femmes, des Autochtones, des membres de groupes ethniques, des personnes atteintes de troubles mentaux et d’autres groupes distincts. Les auteurs du document ont reconnu que les profondes répercussions de cette

made about individual offenders: pp. 10 and 15, see also pp. 6-7.

[56] In *Directions for Reform*, the over-representation of Indigenous persons in the criminal justice system was emphasized as a priority for the federal government. The paper expressed a commitment to ensuring the equitable treatment of Indigenous offenders by all components of that system, including the correctional system. Significantly, the authors explicitly recognized that equitable treatment of Indigenous offenders involves “more than the replication of programs designed for non-Aboriginal offenders”: p. 25. Inequitable treatment of Indigenous offenders in the correctional system and the conditional release process was specifically linked to the issue of Indigenous over-representation in prison populations: p. 11.

[57] The mischief s. 4(g) was intended to remedy informs its interpretation. This mischief is, at least in part, the troubled relationship between Canada’s criminal justice system and its Indigenous peoples. The alienation of Indigenous persons from the Canadian criminal justice system has been well documented. Although this Court has in the past had occasion to discuss this issue most extensively in the context of sentencing and of the interpretation and application of s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, it is clear that the problems that contribute to this reality are not limited to the sentencing process. Numerous government commissions and reports, as well as decisions of this Court, have recognized that discrimination experienced by Indigenous persons, whether as a result of overtly racist attitudes or culturally inappropriate practices, extends to all parts of the criminal justice system, including the prison system: see *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at paras. 61-65 and 68; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System*

disparité remettaient en cause l’efficacité du système correctionnel, son équité et son uniformité, et ont réclamé des réformes pour favoriser une plus grande équité et prévisibilité du système et des décisions prises à l’endroit des délinquants : p. 12-13 et 17, voir aussi p. 8-9.

[56] Le document *Vers une réforme* qualifiait la surreprésentation des Autochtones dans le système de justice pénale de priorité pour le gouvernement fédéral et exprimait un engagement de la part de toutes les composantes de ce système, y compris du système correctionnel, à garantir un traitement équitable aux détenus autochtones. Fait important, les auteurs ont explicitement reconnu qu’un traitement équitable des délinquants autochtones nécessite « plus que la simple application de programmes conçus pour des non-autochtones » : p. 28. Ils ont expressément lié le traitement inéquitable des délinquants autochtones dans le système correctionnel et dans le processus de mise en liberté sous condition à la surreprésentation des Autochtones au sein de la population carcérale : p. 14.

[57] La situation problématique à laquelle l’al. 4g) visait à remédier nous éclaire sur l’interprétation de cette disposition. Ce problème consiste, du moins en partie, en la relation trouble entre le système de justice pénale et les peuples autochtones du Canada. Le sentiment d’aliénation des Autochtones à l’endroit du système canadien de justice pénale est bien documenté. Notre Cour a déjà eu l’occasion d’analyser cette question de manière fort approfondie sous l’angle de la détermination de la peine et de l’interprétation et l’application de l’al. 718.2e) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, mais il est manifeste que les problèmes à l’origine de cet état de fait ne se limitent pas au processus de détermination de la peine. Il a été reconnu dans un grand nombre de commissions gouvernementales et de rapports, ainsi que dans des décisions de notre Cour que la discrimination subie par les Autochtones, qu’elle soit le résultat d’attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s’étend à l’ensemble du système de justice pénale, y compris au système carcéral : voir *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 61-65 et 68; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; Manitoba, Public Inquiry into the Administration of Justice

and Aboriginal People (1991), pp. 431-73; Canada, Royal Commission on Aboriginal Peoples, *Bridging the Cultural Divide: A Report on Aboriginal People and Criminal Justice in Canada* (1996); Canada, Commission of Inquiry into Certain Events at the Prison for Women in Kingston (1996), at pp. 219-23.

[58] Parliament has recognized an evolving societal consensus that these problems must be remedied by accounting for the unique systemic and background factors affecting Indigenous peoples, as well as their fundamentally different cultural values and world views. In the sentencing context, this recognition is embodied in s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which directs sentencing judges “to undertake the process of sentencing aboriginal offenders differently, in order to endeavour to achieve a truly fit and proper sentence”: *Gladue*, at para. 33. Given this social context, the clear direction in s. 4(g) of the *CCRA* to respect cultural and linguistic differences, together with the provisions dealing specifically with Indigenous inmates in ss. 80 through 84, should be understood to be the means by which Parliament chose to address this broader problem in the correctional context.

[59] Indeed, the purpose of the correctional system set out in the *CCRA* cannot be fully achieved without giving effect to the guiding principle set out in s. 4(g). The CSC must provide for the humane custody of offenders, using measures that are limited to what is necessary and proportionate: *CCRA*, ss. 3(a) and 4(c). It must also assist in their rehabilitation and their reintegration into the community in order to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. To achieve these objectives relative to Indigenous offenders, the CSC must ensure that its policies and programs are appropriate for Indigenous offenders and responsive to their needs and circumstances, including needs and circumstances that differ from those of non-Indigenous offender populations. For the correctional system, like the criminal justice system

and Aboriginal People, *Report of the Aboriginal Justice Inquiry of Manitoba*, vol. 1, *The Justice System and Aboriginal People* (1991), p. 431-473; Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Par-delà les divisions culturelles : Un rapport sur les autochtones et la justice pénale au Canada* (1996); Canada, Commission d'enquête sur certains événements survenus à la Prison des femmes de Kingston (1996), p. 238-243.

[58] Le législateur a reconnu l'existence d'un consensus en évolution dans la société sur le besoin de résoudre ces problèmes en tenant compte des facteurs systémiques et contextuels particuliers qui touchent les peuples autochtones, ainsi que de leurs valeurs culturelles et de leur vision du monde fondamentalement différentes. Dans le contexte de la détermination de la peine, cette reconnaissance est exprimée à l'al. 718.2e) du *Code criminel*, qui enjoint aux juges de la peine « d'aborder différemment le processus de détermination de la peine à l'égard des délinquants autochtones, pour en arriver à une peine véritablement adaptée et appropriée » : *Gladue*, par. 33. Vu ce contexte social, la directive claire donnée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de respecter les différences culturelles et linguistiques, à laquelle s'ajoutent les dispositions traitant expressément des détenus autochtones (art. 80 à 84), devraient être considérées comme le moyen choisi par le législateur pour s'attaquer à ce problème plus vaste dans le domaine correctionnel.

[59] En fait, l'objet du système correctionnel énoncé dans la *LSCMLC* ne peut être pleinement atteint si on ne donne pas effet au principe de fonctionnement formulé à l'al. 4g). Le SCC doit assurer la détention humaine de délinquants par des mesures de garde qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel (*LSCMLC*, al. 3a) et 4c)). Il doit aussi aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale pour contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité (*LSCMLC*, art. 3 et 3.1). Pour réaliser ces objectifs à l'égard des délinquants autochtones, le SCC doit veiller à ce que ses directives d'orientation générale et programmes soient appropriés pour eux et adaptés à leurs besoins et à leur situation, y compris aux besoins et situations différents de ceux des délinquants non autochtones. Pour que le système correctionnel,

as a whole, to operate fairly and effectively, those administering it must abandon the assumption that all offenders can be treated fairly by being treated the same way.

[60] Two and a half decades have passed since this principle in s. 4(g) was incorporated into the *CCRA*. Nonetheless, there is nothing to suggest that the situation has improved in the realm of corrections. Recent reports indicate that the gap between Indigenous and non-Indigenous offenders has continued to widen on nearly every indicator of correctional performance. For example, relative to non-Indigenous offenders, Indigenous offenders are more likely to receive higher security classifications, to spend more time in segregation, to serve more of their sentence behind bars before first release, to be under-represented in community supervision populations, and to return to prison on revocation of parole: Canada, Office of the Correctional Investigator, *Spirit Matters: Aboriginal People and the Corrections and Conditional Release Act: Final Report* (2012); Canada, Office of the Correctional Investigator, *Annual Report 2015-2016* (2016), at pp. 43-44; Canada, Office of the Auditor General, *2016 Fall Reports of the Auditor General of Canada: Report 3 — Preparing Indigenous Offenders for Release — Correctional Service Canada* (2016).

[61] It is thus clear that the concerns that motivated the incorporation of the principle set out in s. 4(g) into the *CCRA* are no less relevant today than they were when the *CCRA* was enacted. In the face of ongoing disparities in correctional outcomes for Indigenous offenders, it is crucial, to ensure that the correctional system functions fairly and effectively, that the direction set out in s. 4(g) be given meaningful effect. Although many factors contributing to the broader issue of Indigenous over-incarceration and alienation from the criminal justice system are beyond the CSC's control, there are many matters *within* its control that could mitigate these pressing societal problems: see *Spirit Matters*, at pp. 6 and

comme l'ensemble du système pénal, fonctionne de manière équitable et efficace, ses administrateurs doivent cesser de présumer que tous les délinquants peuvent être traités équitablement en étant traités de la même façon.

[60] Cela fait maintenant deux décennies et demie que ce principe figurant à l'al. 4g) a été inséré dans la *LSCMLC*. Or, rien ne porte à croire que la situation s'est améliorée au sein du système correctionnel. Des rapports récents indiquent que l'écart n'a cessé de se creuser entre les délinquants autochtones et les délinquants non autochtones pour presque chaque indicateur de rendement correctionnel. À titre d'exemple, les délinquants autochtones sont plus susceptibles que les autres délinquants de se voir attribuer une cote de sécurité de niveau supérieur, de passer plus de temps en isolement, de passer une plus grande partie de leur peine derrière les barreaux avant leur première mise en liberté, d'être sous-représentés parmi les délinquants sous surveillance dans la collectivité et d'être incarcérés de nouveau si leur libération conditionnelle est révoquée : Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Une question de spiritualité : Les Autochtones et la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition : rapport final* (2012); Canada, Bureau de l'enquêteur correctionnel, *Rapport annuel 2015-2016* (2016), p. 48-49; Canada, Bureau du vérificateur général, *Automne 2016 — Rapports du vérificateur général du Canada : Rapport 3 — La préparation des détenus autochtones à la mise en liberté — Service correctionnel Canada* (2016).

[61] Il est donc évident que les préoccupations ayant motivé l'incorporation du principe énoncé à l'al. 4g) dans la *LSCMLC* sont toujours aussi pertinentes aujourd'hui que lors de l'adoption de cette loi. Vu les écarts persistants dans les résultats correctionnels des délinquants autochtones, il est crucial qu'on donne utilement effet à la directive formulée à l'al. 4g) pour assurer le fonctionnement équitable et efficace du système correctionnel. Bien que de nombreux facteurs contribuant au problème plus vaste de la surincarcération des Autochtones et à leur aliénation par rapport au système de justice pénale échappent à la volonté du SCC, nombreux sont les leviers *dont* il a le contrôle qui pourraient atténuer

13. Taking reasonable steps to ensure that the CSC uses assessment tools that are free of cultural bias would be one.

[62] Against this backdrop of the purposes of s. 4(g) of the *CCRA*, I will now turn to how this provision can inform the inquiry into what was required of the CSC in the context of this case. In my view, both the clear direction expressed in s. 4(g) and the underlying rationale for that direction strongly support the conclusion that the CSC's inaction with respect to the concerns raised about the risk assessment instruments at issue in this appeal fell short of what s. 24(1) of the *CCRA* required it to do.

[63] The trial judge found that the impugned tools were susceptible to cultural bias. He also found that, although the CSC was aware of this concern, it had not conducted any research to confirm the validity of the tools when used in respect of Indigenous inmates. The CSC failed to address a concern that the psychological and risk information generated by these tools — information that influences the CSC's decisions — may be less accurate in the case of Indigenous inmates. This failure is contrary to the direction set out in s. 4(g) that correctional practices must respect cultural and linguistic differences.

[64] The failure to inquire into the validity of the impugned tools also risked undermining the purposes of s. 4(g) and of the *CCRA* as a whole. The trial judge found that scores derived from the impugned tools were considered in CSC decisions on key aspects of Mr. Ewert's incarceration, including those related to his security classification, to escorted temporary absences and to parole. The trial judge's findings therefore show that these tools are used for a variety of purposes, including in areas in which Indigenous inmates reportedly lag behind non-Indigenous inmates.

ces problèmes sociétaux pressants (voir *Une question de spiritualité*, p. 6 et 14). Par exemple, le SCC pourrait s'assurer, dans la mesure du possible, d'utiliser des outils d'évaluation exempts de préjugé culturel.

[62] C'est sur cette toile de fond des objectifs fixés à l'al. 4g) de la *LSCMLC* que j'examinerai maintenant la façon dont cette disposition peut éclairer l'analyse de l'obligation dont devait s'acquitter le SCC en l'espèce. À mon avis, tant la directive claire donnée à l'al. 4g) que les raisons qui ont motivé son adoption étayaient fortement la conclusion que le SCC a manqué à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*, vu son inaction quant aux préoccupations soulevées à propos des outils d'évaluation du risque en litige dans le présent pourvoi.

[63] Le juge du procès a conclu que les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel. Il a aussi conclu que le SCC, bien qu'étant conscient de cette source de préoccupation, n'avait mené aucune recherche pour confirmer la validité des outils à l'égard des détenus autochtones. Le SCC n'a pas cherché à apaiser la crainte que les renseignements générés par ces outils d'évaluation psychologique et du risque — renseignements qui ont une incidence sur les décisions du SCC — puissent être moins exacts dans le cas des délinquants autochtones. Son inaction à cet égard est contraire à la directive donnée à l'al. 4g) voulant que les pratiques correctionnelles doivent respecter les différences culturelles et linguistiques.

[64] L'omission de vérifier la validité des outils contestés risquait aussi de compromettre la réalisation des objectifs de l'al. 4g) et de la *LSCMLC* dans son ensemble. Le juge du procès a conclu que les résultats obtenus à partir des outils contestés ont été examinés par le SCC pour prendre des décisions au sujet de plusieurs aspects clés de l'incarcération de M. Ewert, dont ceux relatifs à sa cote de sécurité, à la possibilité qu'on lui accorde la permission de sortir avec escorte et à son admissibilité à une libération conditionnelle. Les conclusions du juge du procès démontrent donc que ces outils sont utilisés à diverses fins, y compris pour des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones accuseraient un retard par rapport aux détenus non autochtones.

[65] Thus, the clear danger posed by the CSC's continued use of assessment tools that may overestimate the risk posed by Indigenous inmates is that it could unjustifiably contribute to disparities in correctional outcomes in areas in which Indigenous offenders are already disadvantaged. For example, if the impugned tools overestimate the risk posed by Indigenous inmates, such inmates may experience unnecessarily harsh conditions while serving their sentences, including custody in higher security settings and unnecessary denial of parole. Overestimation of the risk may also contribute to reduced access to rehabilitative opportunities, such as a loss of the opportunity to benefit from a gradual and structured release into the community on parole before the expiry of a fixed-term sentence. Another effect of an overestimation of the risk is that it could bar an inmate from participation in Indigenous-specific programming that is contingent on an offender having a low security classification or being eligible for an escorted temporary absence: see generally *Spirit Matters*, at pp. 3-4 and 29; *Annual Report 2015-2016*, at p. 44. Thus, any overestimation of the risk posed by Indigenous offenders would undermine the purpose of s. 4(g) of the *CCRA* of promoting substantive equality in correctional outcomes for Indigenous inmates and would also frustrate the correctional system's legislated purpose of providing humane custody and assisting in the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community.

[66] Given this context, it is crucial that the CSC heed the directive set out in s. 4(g) of the *CCRA*, the effect of which is that the CSC's practices must not perpetuate systemic discrimination against Indigenous persons. In the context of the case at bar, this required, at the very least, that the CSC take seriously the credible concerns that have been repeatedly raised according to which information derived from the impugned tools is of questionable validity with respect to Indigenous inmates because the tools fail to account for cultural differences. By disregarding the possibility that these tools are systematically disadvantaging Indigenous offenders and by failing to

[65] En conséquence, il semble évident qu'en continuant d'utiliser des outils d'évaluation qui peuvent surestimer le risque posé par les détenus autochtones, le SCC pourrait contribuer de façon injustifiable aux disparités dans les résultats correctionnels sur des matières à l'égard desquelles les détenus autochtones sont déjà désavantagés. À titre d'exemple, si les outils contestés exagèrent le risque posé par les détenus autochtones, ces derniers peuvent se faire imposer des conditions inutilement difficiles. Ils pourraient ainsi être détenus dans des établissements à sécurité plus élevée que nécessaire et se voir refuser inutilement une libération conditionnelle. La surestimation du risque peut aussi avoir pour conséquence de diminuer l'accès aux possibilités de réadaptation, comme la perte de l'occasion de bénéficier d'une mise en liberté sous condition graduelle et structurée dans la communauté avant l'expiration d'une peine à durée déterminée. Une surévaluation du risque pourrait également empêcher un détenu de participer à des programmes réservés aux délinquants autochtones ayant une cote de sécurité faible ou qui sont admissibles à des sorties avec escorte (voir, de façon générale, *Une question de spiritualité*, p. 3-4 et 33; *Rapport annuel 2015-2016*, p. 49). Ainsi, toute surestimation du risque posé par des détenus autochtones compromettrait, d'une part, la réalisation de l'objectif fixé à l'al. 4g) de la *LSCMLC* de favoriser l'égalité réelle dans les résultats correctionnels des détenus autochtones et contrecarrerait, d'autre part, l'objectif confié par la loi au système correctionnel de prendre des mesures de garde humaines et d'aider à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale.

[66] Dans ce contexte, il est crucial que le SCC prenne note de la directive énoncée à l'al. 4g) de la *LSCMLC* et donc que les pratiques du SCC ne perpétuent pas la discrimination systémique à l'endroit des Autochtones. En l'espèce, le SCC devait à tout le moins prendre au sérieux les préoccupations crédibles, maintes fois soulevées, sur la validité douteuse des renseignements obtenus à partir des outils contestés concernant les détenus autochtones parce que ces outils ne tiennent pas compte des différences culturelles. En faisant fi de la possibilité que ces outils désavantagent systématiquement les délinquants autochtones et en

take any action to ensure that they generate accurate information, the CSC fell short of what it is required to do under s. 24(1) of the *CCRA*.

[67] Although this Court is not now in a position to define with precision what the CSC must do to meet the standard set out in s. 24(1) in these circumstances, what is required, at a minimum, is that if the CSC wishes to continue to use the impugned tools, it must conduct research into whether and to what extent they are subject to cross-cultural variance when applied to Indigenous offenders. Any further action the standard requires will depend on the outcome of that research. Depending on the extent of any cross-cultural variance that is discovered, the CSC may have to cease using the impugned tools in respect of Indigenous inmates, as it has in fact done with other actuarial tools in the past. Alternatively, the CSC may need to qualify or modify the use of the tools in some way to ensure that Indigenous inmates are not prejudiced by their use.

B. *Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 7 of the Charter?*

[68] To establish that a law or a government action violates s. 7 of the *Charter*, a claimant must show that the law or action interferes with, or deprives him or her of, life, liberty or security of the person and that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 55.

[69] In this Court, Mr. Ewert argues that the trial judge was correct to find that the CSC's use of the impugned tools deprived him of liberty and security of the person in a way that was contrary to the principles of fundamental justice prohibiting arbitrariness and overbreadth. In the alternative, he submits that this Court should recognize a new principle of fundamental justice — that the state must obey the law — and should find that the CSC's use of the impugned tools was contrary to

omettant de prendre des mesures pour s'assurer qu'ils génèrent des renseignements exacts, le SCC a manqué à l'obligation qui lui incombe suivant le par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[67] Notre Cour n'est pas aujourd'hui en mesure de définir avec précision ce que le SCC doit faire en l'occurrence pour respecter la norme énoncée au par. 24(1), mais s'il veut continuer à se servir des outils contestés, il doit à tout le moins mener des recherches pour savoir si, et le cas échéant dans quelle mesure, ces outils sont susceptibles de donner lieu à de la variance interculturelle lorsqu'on les utilise à l'égard de délinquants autochtones. Toute autre mesure nécessaire au regard de la norme dépendra du résultat de ces recherches. Selon l'étendue de la variance interculturelle constatée, le SCC pourrait devoir cesser d'utiliser les outils contestés à l'égard des détenus autochtones, comme il l'a d'ailleurs déjà fait pour d'autres outils actuariels. Subsidièrement, le SCC pourrait devoir modifier la façon dont il se sert des outils pour s'assurer que leur utilisation ne porte pas préjudice aux détenus autochtones.

B. *L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 7 de la Charte?*

[68] Pour établir qu'une loi ou mesure gouvernementale viole l'art. 7 de la *Charte*, le demandeur doit démontrer qu'elle porte atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne, ou l'en prive et que la privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 55).

[69] M. Ewert soutient devant notre Cour que le juge du procès a eu raison de conclure que l'utilisation par le SCC des outils contestés l'a privé de sa liberté et de la sécurité de sa personne contrairement aux principes de justice fondamentale qui interdisent l'arbitraire et la portée excessive. Subsidièrement, il ajoute que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale — l'obligation de l'État de respecter la loi — et devrait conclure que l'utilisation des outils contestés par le SCC était

that principle because it constituted a breach of s. 24(1) of the *CCRA*.

[70] Assuming, although I will not so decide, that the CSC's reliance on the impugned tools in making decisions about Mr. Ewert engaged a liberty interest or security of the person interest protected by s. 7 of the *Charter*, I conclude that Mr. Ewert has not established that the CSC's reliance on the tools violated the principle of fundamental justice against arbitrariness or that against overbreadth. I also conclude that Mr. Ewert has not established that this Court should recognize a new principle of fundamental justice in this case. Therefore, Mr. Ewert has not established an infringement of his rights under s. 7 of the *Charter*.

- (1) Mr. Ewert Has Not Established That the CSC's Reliance on the Impugned Tools Violated the Prohibition Against Arbitrariness or That Against Overbreadth

[71] This Court discussed the prohibitions against arbitrariness and overbreadth as principles of fundamental justice in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at paras. 107 and 111-13 (citations omitted):

Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality” — the situation where the law is “inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it” As Peter Hogg has explained:

The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls “failures of instrumental rationality”, by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.

contraire à ce principe parce qu'elle constituait une violation du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[70] Bien que ce ne soit pas la conclusion à laquelle je parviendrai, en supposant que le SCC a fait intervenir un droit de M. Ewert à la liberté ou à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* en se fondant sur les outils contestés pour prendre des décisions à son sujet, je conclus que M. Ewert n'a pas établi que le recours aux outils par le SCC violait le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire ou celui interdisant la portée excessive. Je conclus aussi que M. Ewert n'a pas démontré que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale dans la présente affaire. En conséquence, M. Ewert n'a pas établi une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*.

- (1) M. Ewert n'a pas établi que l'utilisation par le SCC des outils contestés contrevenait à l'interdiction de l'arbitraire ou à celle de la portée excessive

[71] Notre Cour a décrit les interdictions de l'arbitraire et de la portée excessive comme des principes de justice fondamentale dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 107 et 111-113 (renvois omis) :

Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » [. . .] Peter Hogg explique :

[TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.

Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. . . .

Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. . . .

Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

[72] In the instant case, the trial judge concluded that the CSC had infringed Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter*, because its reliance on the impugned tools in making decisions about Indigenous persons was contrary to the principles against arbitrariness and overbreadth. His conclusions on arbitrariness and overbreadth can be considered together, because they were based on the same underlying findings. The trial judge found that the objective of the CSC's decision-making was to "reliably predict an offender's risk of reoffending as accurately as possible in the interests of public safety": para. 96. In this Court, Mr. Ewert does not take issue with this characterization of the relevant objective. The trial judge accepted Dr. Hart's evidence that the impugned tools were susceptible to cultural bias and that there was no evidence that scores generated by those tools predict the risk of recidivism as accurately for

Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne [. . .] La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. . . .

Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certain*s de ses effets, mais pas tous. . . .

L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*. [En italique dans l'original.]

[72] Dans l'affaire qui nous occupe, le juge du procès a conclu que le SCC avait porté atteinte aux droits de M. Ewert au titre de l'art. 7 de la *Charte* parce que son utilisation des outils contestés pour prendre des décisions à l'endroit d'Autochtones était contraire aux principes interdisant l'arbitraire et la portée excessive. Ses conclusions sur l'arbitraire et la portée excessive peuvent être examinées conjointement puisqu'elles reposaient sur les mêmes constats sous-jacents. Le juge du procès a estimé que l'objectif des décisions du SCC était de [TRADUCTION] « prédire le risque de récidive d'un délinquant de façon aussi précise que possible afin d'assurer la sécurité du public » (par. 96). M. Ewert ne conteste pas devant la Cour cette description de l'objectif en cause. Le juge du procès a accepté le témoignage de M. Hart selon lequel les outils contestés étaient susceptibles d'être empreints d'un préjugé culturel et que rien ne prouvait que les

Indigenous inmates as for non-Indigenous inmates. In the trial judge's view, two conclusions flowed from these findings. First, given the absence of evidence of accuracy, the CSC's continued use of the impugned tools in respect of Indigenous offenders was inconsistent with the objective of predicting the risk posed by offenders and was therefore arbitrary. Second, because the CSC's reliance on the impugned tools with respect to Indigenous offenders was arbitrary but its reliance on them with respect to non-Indigenous offenders was unobjectionable, its practice of using those tools for the entire inmate population without distinguishing between Indigenous and non-Indigenous inmates was overbroad.

[73] The trial judge reasonably concluded that, given the concerns relating to cultural bias, it was problematic for the CSC to continue to use the impugned tools without qualification or caution. Be that as it may, to establish arbitrariness or overbreadth, Mr. Ewert had to show on a balance of probabilities that the CSC's practice of using the impugned tools with respect to Indigenous offenders had no rational connection to the relevant government objective. The fact that a government practice is in some way unsound or that it fails to further the government objective as effectively as a different course of action would is not sufficient to establish that the government practice is arbitrary. The finding that there is uncertainty about the extent to which the tests are accurate when applied to Indigenous offenders is not sufficient to establish that there is no rational connection between reliance on the tests and the relevant government objective. Indeed, taken at its highest, Dr. Hart's expert evidence does not support a finding that there is no such rational connection. Dr. Hart testified that the tools were susceptible to cultural bias. But when asked directly about the likely magnitude of any cultural bias, he was unable to say: he suggested the bias might be relatively limited and tolerable, but could also be profound and intolerable. In other words, there was no evidence before the trial judge that how the impugned tools operate in the case of Indigenous offenders is likely

résultats générés par ces outils prédisaient le risque de récidive aussi exactement à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des détenus non autochtones. Selon le juge du procès, deux conclusions pouvaient être tirées de ces constatations. Premièrement, vu l'absence de preuve quant à l'exactitude des renseignements obtenus, l'utilisation continue par le SCC des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones était incompatible avec l'objectif de prédiction du risque posé par les délinquants et était donc arbitraire. Deuxièmement, comme l'utilisation des outils contestés par le SCC à l'endroit des délinquants autochtones était arbitraire mais qu'on ne pouvait s'opposer à leur utilisation à l'endroit des autres délinquants, la pratique du SCC consistant à recourir à ces outils à l'égard de la totalité de la population carcérale sans faire de distinction entre les Autochtones et les non-Autochtones avait une portée excessive.

[73] Le juge du procès a raisonnablement conclu qu'il était problématique de la part du SCC de continuer à utiliser les outils contestés sans réserve ou circonspection, compte tenu des préoccupations sur l'existence d'un préjugé culturel. Quoiqu'il en soit, pour établir l'arbitraire ou la portée excessive, M. Ewert devait démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que la pratique du SCC consistant à utiliser les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif pertinent du gouvernement. Pour établir que la pratique du gouvernement est arbitraire, il ne suffit pas de démontrer qu'elle était d'une quelconque façon inadéquate ou qu'elle ne favorisait pas autant l'atteinte de l'objectif du gouvernement qu'une autre façon de faire. La conclusion qu'il subsiste de l'incertitude sur la mesure dans laquelle les résultats des tests sont exacts à l'égard des délinquants autochtones n'est pas suffisante pour établir qu'il n'existe pas de lien rationnel entre le recours aux tests et l'objectif pertinent du gouvernement. En fait, vu sous son jour le plus favorable, le témoignage d'expert de M. Hart n'appuie pas la conclusion selon laquelle il n'y a pas de lien rationnel de ce genre. M. Hart a déclaré que les outils pourraient être empreints d'un préjugé culturel. Toutefois, lorsqu'on l'a interrogé directement sur l'ampleur probable du possible préjugé culturel, il a été incapable de la décrire. Il a répondu que le préjugé pourrait être relativement faible

to be so different from how they operate in the case of non-Indigenous offenders that their use in respect of Indigenous offenders is completely unrelated to the government objective.

[74] This is not to say that the trial judge's findings with respect to the CSC's unqualified reliance on the impugned tests are not troubling. Nevertheless, the onus was on Mr. Ewert to prove that the CSC's impugned practice was arbitrary or overbroad; he has not done so in this case.

(2) Mr. Ewert Has Not Established That This Court Should Recognize a New Principle of Fundamental Justice

[75] Mr. Ewert's primary argument with respect to the breach of his s. 7 rights is based on the alleged arbitrariness and overbreadth of the CSC's practice of relying on the impugned tools, as discussed above. However, he also argues, in the alternative, that the alleged deprivation of his liberty and security of the person interests was contrary to a proposed new principle of fundamental justice: that the state must obey the law. The trial judge found it unnecessary to address the issue of this proposed new principle of fundamental justice.

[76] Mr. Ewert bears the onus of establishing that this principle should be found to exist as a principle of fundamental justice. But he presented no detailed argument on this point and did not directly address how the proposed new principle would meet the test developed by this Court for determining that a principle is one of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Charter*: see *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 112. He has not established that this Court should recognize this proposed new principle of fundamental justice in the case at bar.

et tolérable, tout autant que profond et intolérable. Autrement dit, le juge du procès ne disposait d'aucune preuve démontrant en quoi le fonctionnement des outils contestés à l'égard des délinquants autochtones peut être si différent de leur fonctionnement à l'égard de délinquants non autochtones que leur utilisation dans le cas des délinquants autochtones n'a rien à voir avec l'objectif du gouvernement.

[74] Cela ne veut pas dire que les conclusions du juge du procès au sujet de l'utilisation sans réserve des outils contestés par le SCC ne sont pas troublantes. Néanmoins, c'est à M. Ewert qu'il incombait de prouver que la pratique contestée du SCC était arbitraire ou avait une portée excessive, ce qu'il n'a pas fait en l'espèce.

(2) M. Ewert n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale

[75] Comme nous l'avons vu, l'argument principal de M. Ewert quant à la violation de ses droits garantis à l'art. 7 repose sur son allégation selon laquelle la pratique du SCC d'utiliser les outils contestés serait arbitraire et aurait une portée excessive. M. Ewert soutient toutefois aussi de façon subsidiaire que la privation alléguée de ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne était contraire à un nouveau principe proposé de justice fondamentale : l'État doit respecter la loi. Le juge du procès a estimé qu'il n'était pas nécessaire de traiter de ce nouveau principe proposé de justice fondamentale.

[76] M. Ewert a le fardeau d'établir que l'on devrait conclure à l'existence de ce principe en tant que principe de justice fondamentale. Or, il n'a présenté aucune argumentation détaillée à ce sujet et n'a pas directement démontré en quoi le nouveau principe proposé satisferait au critère élaboré par notre Cour pour déterminer qu'un principe en est un de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte* (voir *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 112). Il n'a pas établi que notre Cour devrait reconnaître en l'espèce que le nouveau principe qu'il propose est un principe de justice fondamentale.

C. *Did the CSC's Reliance on Results Generated by the Impugned Tools Constitute an Unjustified Infringement of Mr. Ewert's Rights Under Section 15 of the Charter?*

[77] At trial, Mr. Ewert argued that the CSC's reliance on the impugned tools infringed his rights under s. 15 of the *Charter*. He submitted in his statement of claim that by using the impugned tools, the CSC was using "reliable or true information" to make decisions about non-Indigenous inmates and "unreliable or false information" to make decisions about Indigenous inmates. This practice, he claimed, led the CSC to mete out harsher treatment and prolonged incarceration to Indigenous inmates.

[78] The trial judge rejected Mr. Ewert's s. 15 claim on the basis that the evidentiary record was not sufficiently developed. The Federal Court of Appeal upheld that conclusion. In this Court, Mr. Ewert argues that the factual findings set out in the trial judge's reasons are sufficient to support this claim.

[79] In my view, Mr. Ewert has not established the infringement of his s. 15 rights that he alleged. As I explained above, the evidence before the trial judge established a risk that the impugned tools are less accurate when applied to Indigenous inmates than when they are applied to non-Indigenous inmates. However, the trial judge did not find, and indeed could not have done so on the evidence before him, that the impugned tools do in fact overestimate the risk posed by Indigenous inmates or lead to harsher conditions of incarceration or to the denial of rehabilitative opportunities because of such an overestimation. I would therefore not disturb the trial judge's conclusion on this issue.

VI. Conclusion and Disposition

[80] The CSC was aware of long-standing concerns as to whether the impugned tools were valid when applied to Indigenous offenders. Yet it continued to rely on the results they produced in making

C. *L'utilisation par le SCC des résultats produits par les outils contestés constitue-t-elle une atteinte injustifiée aux droits garantis à M. Ewert par l'art. 15 de la Charte?*

[77] Au procès, M. Ewert a fait valoir que l'utilisation des outils contestés par le SCC portait atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Dans sa déclaration, il a soutenu qu'en se servant de ces outils, le SCC utilisait des [TRADUCTION] « renseignements fiables ou exacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus non autochtones et des « renseignements non fiables ou inexacts » pour prendre des décisions au sujet des détenus autochtones. Il soutient que cette pratique a amené le SCC à infliger aux détenus autochtones un traitement plus dur et à leur imposer une incarcération prolongée.

[78] Le juge du procès a rejeté la prétention de M. Ewert fondée sur l'art. 15 parce que les faits mis en preuve n'étaient pas suffisamment étoffés. La Cour d'appel fédérale a confirmé cette conclusion. Devant notre Cour, M. Ewert affirme que les conclusions factuelles énoncées dans les motifs du juge du procès sont suffisantes pour étayer sa prétention.

[79] À mon avis, M. Ewert n'a pas démontré une atteinte aux droits que lui garantit l'art. 15. Comme je l'ai expliqué précédemment, la preuve dont disposait le juge du procès établissait que l'utilisation des outils contestés risquait de donner des résultats moins exacts à l'égard des détenus autochtones qu'à l'égard des autres détenus. Le juge du procès n'a cependant pas conclu, et en fait il n'aurait pas pu le faire au vu de la preuve dont il disposait, que les outils contestés surestiment effectivement le risque posé par les détenus autochtones ou mènent à des conditions d'incarcération plus sévères ou à la privation de possibilités de réadaptation en raison d'une telle surévaluation. Je suis donc d'avis de ne pas modifier la conclusion du juge du procès sur ce point.

VI. Conclusion et dispositif

[80] Le SCC était au courant des préoccupations de longue date sur la validité des résultats produits par les outils contestés à l'égard des délinquants autochtones. Or, il a continué de se fier à ces résultats pour

decisions about offenders without inquiring into their validity with respect to Indigenous offenders. This was a breach of the CSC's obligation under s. 24(1) of the *CCRA* to take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate as possible. In these circumstances, it is appropriate for this Court to exercise its discretion to issue a declaration that the CSC has failed to meet its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*.

prendre des décisions au sujet des délinquants sans examiner leur validité à l'égard des Autochtones. Cette pratique constituait un manquement du SCC à l'obligation que lui impose le par. 24(1) de la *LSCMLC* de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient exacts. Dans ces circonstances, il est opportun que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a failli à son obligation aux termes du par. 24(1) de la *LSCMLC*.

[81] A declaration is a narrow remedy but one that is available without a cause of action and whether or not any consequential relief is available: *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4th ed. 2016), at p. 88; see also *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 64. A court may, in its discretion, grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought: see *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 11; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 46; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at pp. 830-33.

[81] Un jugement déclaratoire est une réparation d'une portée restreinte, mais il peut être obtenu sans cause d'action et prononcé, peu importe si une mesure de redressement consécutive peut être accordée (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 143; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 37; L. Sarna, *The Law of Declaratory Judgments* (4^e éd. 2016), p. 88; voir aussi les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 64). Le tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire lorsqu'il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue et lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité (voir *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 11; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 46; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, p. 830-833).

[82] These criteria are met here. The Federal Court had jurisdiction over the substance of Mr. Ewert's claim: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 17. The question whether the CSC is required to validate the impugned assessment tools for use with Indigenous inmates is a real, not a theoretical, one that has been the subject of proceedings spanning almost two decades. Mr. Ewert, as an Indigenous individual and an inmate subject to the CSC's decision-making — including decision-making that affects critical aspects of his incarceration such as his security classification and the granting of parole — has

[82] Ces conditions sont réunies en l'espèce. La Cour fédérale a compétence sur le contenu de l'action intentée par M. Ewert (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 17). La question de savoir si le SCC est tenu de valider les outils d'évaluation contestés utilisés auprès des détenus autochtones est réelle et non pas simplement théorique, et a fait l'objet de procédures pendant près de deux décennies. M. Ewert, en tant qu'Autochtone et détenu assujéti au processus décisionnel du SCC (qui comprend le processus décisionnel ayant une incidence sur les aspects clés de son incarcération, comme sa cote de

a genuine interest in the resolution of this question. Finally, the federal Crown, and its representative, the Commissioner of the CSC, are proper parties to oppose the declaration.

[83] A declaration is a discretionary remedy. Like other discretionary remedies, declaratory relief should normally be declined where there exists an adequate alternative statutory mechanism to resolve the dispute or to protect the rights in question: see D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at topic 1:7330. Here, the grievance procedure created by s. 90 of the *CCRA* arguably provides an alternative means by which Mr. Ewert could challenge the CSC's compliance with the obligation in s. 24(1) of the *CCRA*. It may be that in most cases, the existence of this statutory grievance mechanism would be a reason to decline to grant a declaration. However, in the exceptional circumstances of this case, a declaration is warranted.

[84] These exceptional circumstances include the fact that Mr. Ewert has already used the statutory grievance mechanism to raise his concerns about the CSC's use of actuarial assessment tools on Indigenous inmates. It cannot be said, based on the events that followed, that the grievance mechanism was effective in resolving the issues raised by Mr. Ewert.

[85] Beginning in April 2000, Mr. Ewert filed a series of grievances complaining about the use of the PCL-R, the VRAG and other assessment tools in respect of Indigenous inmates: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, at paras. 7-14. In the course of responding to these grievances, the CSC acknowledged that there remained questions about the validity of these tools when applied to Indigenous offenders and stated that it was not aware of any research validating the tools for use with such offenders. However, despite

sécurité et la décision de lui accorder une libération conditionnelle) a véritablement intérêt à ce que cette question soit résolue. Finalement, la Couronne fédérale et son représentant, le commissaire du SCC, sont des parties habiles à s'opposer au jugement déclaratoire.

[83] Un jugement déclaratoire constitue une réparation discrétionnaire. Comme c'est le cas pour les autres réparations discrétionnaires, le tribunal devrait habituellement refuser de rendre un jugement déclaratoire lorsque la loi prévoit un autre moyen approprié de régler le litige ou de protéger les droits en question (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec l'aide de D. Fairlie, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), rubrique 1:7330). En l'espèce, on peut soutenir que la procédure de règlement de griefs créée par l'art. 90 de la *LSCMLC* prévoit un autre moyen par lequel M. Ewert pourrait contester la façon dont le SCC s'acquitte de l'obligation énoncée au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Il se peut que dans la plupart des cas, l'existence de ce mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi constitue un motif de refuser d'accorder un jugement déclaratoire. Cependant, dans les circonstances exceptionnelles de l'espèce, un jugement déclaratoire est justifié.

[84] Ces circonstances exceptionnelles comprennent le fait que M. Ewert s'est déjà prévalu du mécanisme de règlement de griefs prévu par la loi afin d'exprimer ses préoccupations relatives à l'utilisation par le SCC d'outils d'évaluation actuarielle à l'égard de détenus autochtones. On ne saurait affirmer, en raison de l'historique du dossier, que le mécanisme de règlement de griefs a permis de résoudre les questions soulevées par M. Ewert.

[85] À partir d'avril 2000, M. Ewert a déposé une série de griefs dans lesquels il se plaignait de l'utilisation d'outils d'évaluation comme la PCL-R et le GERV à l'égard de détenus autochtones (*Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, par. 7-14 (CanLII)). En répondant à ces griefs, le SCC a reconnu qu'il restait à trancher des questions concernant la validité de ces outils à l'égard des détenus autochtones et a indiqué qu'il n'avait été informé d'aucune recherche qui validerait l'utilisation de ces outils à l'endroit de ces délinquants. Cependant,

indicating that it would obtain an opinion on the issue from an independent outside body, the CSC failed to do so. It also failed to otherwise confirm the validity of the tests. In closing Mr. Ewert's grievance in June 2005 — more than five years after he filed his first complaint — the CSC informed him that it was reviewing its intake assessment tools used for Indigenous offenders and that it would take no further action in connection with his grievance until its review was complete.

[86] The fact that a review of the CSC's assessment tools was under way in 2005 was an important factor in the Federal Court's decision to dismiss Mr. Ewert's application for judicial review with respect to the resolution of his grievance: *Ewert* (2007), at paras. 66-67. It was also an important consideration in the Federal Court of Appeal's decision to uphold the dismissal of that application, including on the basis that it was premature: *Ewert* (2008), at paras. 7-8 and 10. In its 2007 decision, the Federal Court urged the CSC to explain to Mr. Ewert the results, if any, of its review. Such an explanation had not yet been provided when Mr. Ewert appealed to the Federal Court of Appeal in 2008 — eight years after he commenced the grievance procedure. Indeed, the trial judge in the present proceeding observed that there was no evidence that the CSC had ever completed the research referred to by the Federal Court in 2007 and anticipated by the Federal Court of Appeal in 2008: para. 72.

[87] Almost two decades have now passed since Mr. Ewert first complained about the use of certain of the impugned assessment tools with respect to Indigenous inmates. In these exceptional circumstances, Mr. Ewert should not be required to begin the grievance process anew in order to determine whether the CSC's continued failure to address the validity of the impugned assessment tools is a breach of its duty under s. 24(1) of the *CCRA*. That it may technically have been open to him to do so should not preclude this Court from exercising its discretion to grant a declaration to this effect.

même s'il a indiqué qu'il obtiendrait un avis sur la question auprès d'un organisme indépendant, le SCC ne l'a pas fait. Il a aussi omis de confirmer d'une autre façon la validité de ces tests. Lorsqu'il a fermé le dossier de grief de M. Ewert en juin 2005, soit plus de cinq ans après le dépôt de sa première plainte, le SCC a informé M. Ewert qu'il était en train d'examiner ses outils d'évaluation destinés aux délinquants autochtones et qu'il ne prendrait aucune autre mesure relativement à sa plainte avant que cet examen ne soit terminé.

[86] Le fait qu'un examen des outils d'évaluation du SCC était en cours en 2005 constituait un facteur important dans la décision de la Cour fédérale de rejeter la demande de contrôle judiciaire de M. Ewert visant le règlement de son grief (*Ewert* (2007), par. 66-67). Ce facteur a aussi été important dans la décision de la Cour d'appel fédérale de confirmer le rejet du grief, notamment pour le motif que la demande de contrôle judiciaire était prématurée (*Ewert* (2008), par. 7-8 et 10 (CanLII)). Dans sa décision de 2007, la Cour fédérale a exhorté le SCC à expliquer à M. Ewert les résultats de son examen, le cas échéant. Pareille explication n'avait toujours pas été donnée à M. Ewert au moment où celui-ci a interjeté appel à la Cour d'appel fédérale en 2008, soit huit ans après avoir intenté la procédure de règlement de griefs. En effet, le juge du procès dans la présente instance a souligné que rien ne prouvait que la recherche dont faisait mention la Cour fédérale en 2007 et qu'anticipait la Cour d'appel fédérale en 2008 avait été achevée à quelque moment que ce soit (par. 72).

[87] Près de deux décennies se sont maintenant écoulées depuis que M. Ewert s'est plaint pour la première fois de l'utilisation de certains des outils d'évaluation contestés à l'égard des détenus autochtones. Dans ces circonstances exceptionnelles, M. Ewert ne devrait pas être tenu de recommencer le processus de règlement de griefs pour que soit tranchée la question de savoir si l'omission continue du SCC de vérifier la validité des outils d'évaluation contestés constitue un manquement à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. Le fait qu'il aurait pu avoir recours à un tel processus ne devrait pas empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour prononcer un jugement déclaratoire en ce sens.

[88] To be clear, a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* does not invalidate any particular decision made by the CSC, including any decision made in reliance on the impugned assessment tools. Should Mr. Ewert wish to challenge the validity of any such decision, he must do so through an application for judicial review of the relevant decision.

[89] I would also emphasize that in allowing Mr. Ewert's appeal in part and issuing a declaration that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*, this Court is not restoring the Federal Court's order. The trial judge was of the view that the interim order he issued, as well as the final order he indicated would follow, could be based either on his finding that the CSC violated Mr. Ewert's rights under s. 7 of the *Charter* or on his finding that the CSC breached its obligation under s. 24(1) of the *CCRA*. I have concluded that the trial judge erred in accepting Mr. Ewert's argument under s. 7 of the *Charter*. This Court did not hear argument on the availability of consequential relief based on the CSC's breach of its obligation under s. 24(1) of the *CCRA* and I make no comment on the availability of such relief in new proceedings. However, I would not remit this matter for a remedies hearing. If Mr. Ewert is of the view that any further remedy is available or appropriate in the circumstances, he may apply, in new proceedings, for a determination of that issue.

[90] Accordingly, I would allow Mr. Ewert's appeal in part. Mr. Ewert is entitled to the following declaration: That the Correctional Service of Canada breached its obligation set out in s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*.

[88] Précisons que le jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* n'invalide pas des décisions particulières prises par le SCC, y compris toute décision fondée sur les outils d'évaluation contestés. Si M. Ewert veut contester la validité de l'une ou de l'autre de ces décisions, il doit présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision en cause.

[89] Je tiens également à souligner qu'en accueillant l'appel de M. Ewert en partie et en prononçant un jugement déclaratoire selon lequel le SCC a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*, la Cour ne rétablit pas l'ordonnance de la Cour fédérale. Le juge de première instance était d'avis que l'ordonnance provisoire qu'il a prononcée, ainsi que l'ordonnance définitive qui serait rendue plus tard, pouvaient s'appuyer sur sa conclusion selon laquelle le SCC avait violé les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit à M. Ewert ou sur sa conclusion suivant laquelle le SCC avait manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC*. J'ai conclu que le juge du procès avait commis une erreur en retenant l'argument de M. Ewert fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. La Cour n'a pas entendu d'argument sur la possibilité d'obtenir une mesure de redressement consécutive en raison du manquement du SCC à son obligation au titre du par. 24(1) de la *LSCMLC*, et je ne fais aucun commentaire sur la possibilité d'obtenir une telle mesure de redressement lors d'une nouvelle procédure. Je ne suis toutefois pas d'avis de renvoyer la présente affaire pour audience sur les réparations. Si M. Ewert estime qu'une autre réparation peut être accordée ou est indiquée dans les circonstances, il peut demander, dans le cadre d'une nouvelle procédure, que l'on statue sur ce point.

[90] En conséquence, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi de M. Ewert. Ce dernier a droit à un jugement déclarant : que le Service correctionnel du Canada a manqué à son obligation prévue au par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*.

The reasons of Côté and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

I. Overview

[91] I have read Justice Wagner’s reasons. I agree with Justice Wagner’s analysis with respect to Mr. Jeffrey G. Ewert’s claims under ss. 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, I would dismiss the appeal. I respectfully part ways with the majority on several issues. First, I do not interpret s. 24(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20 (“CCRA”), as requiring the Correctional Service of Canada (“CSC”) to conduct studies on the tests that psychologists use to assess offenders. Second, I would decline to grant declaratory relief; the appropriate course of action for Mr. Ewert would be to seek judicial review.

[92] I share with the majority a view that it is important to address Indigenous overrepresentation in prisons. This Court has emphasized that decision makers in the penal system, such as judges, should take into account the specific needs and circumstances of Indigenous peoples: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433. Thus, I am in accord with Justice Wagner in his expressions of concern as to the CSC’s inaction with respect to the issue that Mr. Ewert has raised. Notwithstanding the foregoing, I am not persuaded that it was Parliament’s intent to hold the CSC to account on this issue pursuant to s. 24(1) of the *CCRA*.

II. Background

[93] My colleague has described accurately the nature of Mr. Ewert’s claim and the decisions of the courts below. I would, however, emphasize certain key facts. The procedural history is significant; it is important to understand the CSC’s response — including its failings — to Mr. Ewert’s concerns about these psychological tools. As well, it helps frame Mr. Ewert’s claim with respect to the remedy

Version française des motifs des juges Côté et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

I. Aperçu

[91] J’ai pris connaissance des motifs du juge Wagner. Je souscris à son analyse des demandes de M. Jeffrey G. Ewert fondées sur les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cependant, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. En tout respect, je me dissocie des juges majoritaires sur plusieurs points. Premièrement, je ne considère pas que le par. 24(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, c. 20 (« LSCMLC »), oblige le Service correctionnel du Canada (« SCC ») à mener des études sur les tests qu’utilisent les psychologues pour évaluer les délinquants. Deuxièmement, je m’abstiendrais de rendre un jugement déclaratoire; la meilleure chose à faire pour M. Ewert serait de se pourvoir en contrôle judiciaire.

[92] Je partage l’avis des juges majoritaires qu’il importe de remédier à la surreprésentation des Autochtones dans les prisons. Notre Cour a souligné que les décideurs du système pénal, comme les juges, devraient prendre en compte la situation et les besoins particuliers des peuples autochtones (*R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433). Je me rallie donc au juge Wagner lorsqu’il se dit préoccupé par le défaut du SCC de résoudre la question soulevée par M. Ewert. Malgré ce qui précède, je ne suis pas convaincu que le législateur souhaitait obliger le SCC à rendre des comptes sur ce point conformément au par. 24(1) de la *LSCMLC*.

II. Contexte

[93] Mon collègue a décrit avec exactitude la nature du recours intenté par M. Ewert et les décisions des juridictions inférieures. Je tiens cependant à mettre en relief certains faits déterminants. L’historique des procédures est significatif; il est important pour saisir la réponse du SCC — notamment ses carences — aux inquiétudes de M. Ewert relatives à ces outils d’évaluation psychologique. Il aide également à

sought. That is critical to the proper disposition of this appeal.

[94] Mr. Ewert first complained about the use of the impugned tools a very long time ago, in April 2000. In the years after, he filed inmate complaints about the use of these tools. All these grievances were dismissed. In June 2005, the CSC dismissed a third-level grievance, but sent Mr. Ewert a letter indicating that it was in the process of having the tools reviewed.

[95] About this time, Mr. Ewert commenced an action in Federal Court on these matters. The action was severed. Part of it proceeded as a judicial review; the rest of the action was stayed pending the outcome of the judicial review. The Federal Court and Federal Court of Appeal dismissed the judicial review on the basis that the application was premature, as the CSC's review of the impugned tools was ongoing: *Ewert v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 13, 306 F.T.R. 234, aff'd 2008 FCA 285, 382 N.R. 370.

[96] The part of the action that had been stayed eventually continued; it is the basis for the present appeal. Throughout, Mr. Ewert claimed damages based on breaches of his *Charter* rights. However, the other civil claims that formed the basis of this action evolved considerably between 2005 and 2015 when, finally, the trial occurred. Mr. Ewert's first amended statement of claim, filed after the judicial review, claimed that the CSC acted negligently in its treatment of him. That claim was later replaced with claims of misfeasance of public office and breach of fiduciary duties. The third (and final) amended statement of claim removed the claim for misfeasance and substituted a claim that the CSC acted contrary to its statutory obligations. The remedies sought included damages, a declaration that the CSC breached Mr. Ewert's *Charter* rights, and an injunction to prevent the CSC from using the impugned tools.

situer le recours de M. Ewert par rapport à la réparation qu'il sollicite, une tâche essentielle pour bien trancher le présent pourvoi.

[94] M. Ewert s'est plaint la première fois de l'utilisation des outils contestés il y a fort longtemps, en avril 2000. Les années suivantes, il a déposé des plaintes à ce sujet en tant que détenu. Tous ces griefs ont été rejetés. En juin 2005, le SCC a rejeté un grief de troisième niveau, mais il a envoyé à M. Ewert une lettre précisant qu'il était en train d'analyser les outils.

[95] Vers la même époque, M. Ewert a intenté une action en Cour fédérale sur ces questions. L'action a été scindée en deux. Une partie a suivi son cours sous forme de contrôle judiciaire; le reste de l'action a été suspendu en attendant l'issue du contrôle judiciaire. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de contrôle judiciaire, estimant qu'elle était prématurée vu que le SCC n'avait pas encore terminé son examen des outils contestés : *Ewert c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 13, conf. par 2008 CAF 285.

[96] La partie de l'action qui avait été suspendue a fini par reprendre son cours; c'est sur elle que repose le présent pourvoi. Tout au long de l'instance, M. Ewert a réclamé des dommages-intérêts pour atteinte à ses droits garantis par la *Charte*. Cependant, les autres recours civils qui constituent le fondement de cette action ont considérablement évolué entre 2005 et 2015, l'année où le procès a finalement eu lieu. Dans la première déclaration modifiée qu'il a déposée après s'être pourvu en contrôle judiciaire, M. Ewert alléguait que le SCC avait agi avec négligence dans le traitement qu'il lui avait réservé. M. Ewert a plus tard prétendu, en remplacement de cette allégation, que le SCC avait commis une faute dans l'exercice d'une charge publique et manqué à ses obligations fiduciaires. Dans sa troisième (et dernière) déclaration modifiée, il a supprimé l'allégation de faute dans l'exercice d'une charge publique et plutôt allégué que le SCC avait contrevenu aux obligations que lui impose la *LSCMLC*. Il a notamment demandé des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire portant que le SCC avait porté atteinte aux droits que lui garantit la *Charte* ainsi qu'une injonction interdisant à celui-ci d'utiliser les outils contestés.

[97] The action in this third permutation proceeded through the Federal Court to the present appeal. The judge saw the case “firstly as a breach of [the] statutory duty” contained in s. 24(1) of the *CCRA* (2015 FC 1093, 343 C.R.R. (2d) 15, at para. 77); he also found that Mr. Ewert’s s. 7 *Charter* rights had been infringed. The judge held that Mr. Ewert was not required to “establish definitively that the tests are biased”: para. 82. With respect to remedy, the judge issued an interim order prohibiting the CSC from using the tools’ results in respect of Mr. Ewert; the order went on to direct the parties to file written submissions about the parameters of a study of the impugned tools. The trial judge indicated that he intended to issue a final order enjoining the use of the impugned tools in respect of Mr. Ewert and other inmates until the CSC’s study of the tools’ reliability was completed. In effect, the Federal Court would approve the study to be undertaken by the CSC. While the judge did not address this, his approach would seem to lead to a continuing order, pursuant to which the Federal Court would evaluate the outcome of the CSC study.

[98] The Federal Court of Appeal allowed the appeal on both the statutory breach and the *Charter* breach, finding that the trial judge erred first, in applying the burden of proof, and second, that none of Mr. Ewert’s claims were established on a balance of probabilities: 2016 FCA 203, 487 N.R. 107. In light of the foregoing, the Court of Appeal did not see it as necessary to deal with either the statutory interpretation of s. 24(1) or the remedy.

III. Issues

[99] The issues in this appeal are the following:

- (a) Does s. 24(1) of the *CCRA* impose an obligation on the CSC to test the tools used by psychologists to assess offenders?

[97] L’action ainsi modifiée pour une troisième fois a été instruite par la Cour fédérale, et notre Cour en est maintenant saisie. Le juge de première instance a considéré que l’affaire concernait « d’abord et avant tout un manquement à [l’]obligation d’origine législative » prévue au par. 24(1) de la *LSCMLC* (2015 CF 1093, par. 77 (CanLII)); il a également conclu qu’il avait été porté atteinte aux droits garantis à M. Ewert par l’art. 7 de la *Charte*. Le juge a conclu qu’il n’était pas nécessaire que M. Ewert « établisse de façon définitive que les tests sont empreints d’un préjugé » (par. 82). Comme mesure de réparation, le juge a rendu une ordonnance interlocutoire interdisant au SCC d’utiliser les résultats produits par les outils à l’égard de M. Ewert; il a également enjoint aux parties de déposer des observations écrites sur les paramètres à établir en vue de l’étude des outils contestés. Il a dit avoir l’intention de rendre une ordonnance définitive interdisant l’utilisation des outils contestés à l’endroit de M. Ewert et des autres détenus jusqu’à ce que le SCC ait terminé son étude de la fiabilité de ces outils. En fait, la Cour fédérale approuverait l’étude que devait effectuer le SCC. Bien que le juge ne l’ait pas précisé, son approche semble aboutir à une ordonnance de durée indéterminée en vertu de laquelle la Cour fédérale évaluerait les résultats de l’étude menée par le SCC.

[98] La Cour d’appel fédérale a fait droit à l’appel autant en ce qui concerne la violation de la *LSCMLC* que celle de la *Charte*, estimant que le juge de première instance s’était trompé, d’une part, dans son application du fardeau de la preuve, et d’autre part, parce qu’aucune des allégations formulées par M. Ewert n’avait été établie selon la prépondérance des probabilités : 2016 CAF 203. Étant donné ces conclusions, la Cour d’appel n’a pas jugé nécessaire d’examiner la question de l’interprétation du par. 24(1) ni celle de la réparation à accorder.

III. Questions en litige

[99] Voici les questions soulevées par le présent pourvoi :

- a) Le paragraphe 24(1) de la *LSCMLC* impose-t-il au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils utilisés par des psychologues pour évaluer les délinquants?

(b) What is the appropriate remedy?

[100] I would answer these questions as follows. Section 24(1) does not impose an obligation on the CSC to conduct research as to the validity of the impugned tools. As well, I would not grant declaratory relief.

IV. Analysis

[101] As I would decide this case on a different basis, I begin with a brief note of clarification with respect to my position on the reasons offered by the Federal Court of Appeal. Mr. Ewert in his claim set out two factual propositions about the use of the impugned tests with respect to Indigenous inmates: first, the results generated by the impugned tools are of unknown reliability; and, second, the impugned tools generate false results. The Federal Court found that on the balance of probabilities Mr. Ewert had demonstrated the first proposition. The Federal Court of Appeal held that the trial judge misapplied the balance of probabilities test. As I will not dispose of this case on the standard of proof, I do not need to decide the issue. I would say only that the trial judge's analysis was far from clear and that I agree with the Federal Court of Appeal that Mr. Ewert failed to prove the second proposition on the balance of probabilities.

A. *Whether Section 24(1) of the CCRA Imposes an Obligation on the CSC to Test the Tools Used by Psychologists to Assess Offenders?*

[102] The opening sections of the *CCRA* outline the purposes and principles of the statutory regime. Sections 3, 3.1 and 4 state:

3 The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

b) Quelle réparation convient-il d'accorder?

[100] Je répondrais comme suit à ces questions. Le paragraphe 24(1) n'impose pas au SCC l'obligation de mener une étude sur la validité des outils contestés. En outre, je ne rendrais pas de jugement déclaratoire.

IV. Analyse

[101] Comme je suis d'avis de trancher autrement la présente affaire, je commence par donner de brefs éclaircissements sur ma position relative aux motifs fournis par la Cour d'appel fédérale. M. Ewert formule dans sa demande deux énoncés de fait concernant l'utilisation des outils contestés à l'égard des détenus autochtones : premièrement, les résultats générés par ces outils sont d'une fiabilité inconnue; et deuxièmement, les outils contestés produisent de faux résultats. La Cour fédérale a conclu que M. Ewert avait démontré, selon la prépondérance des probabilités, le bien-fondé du premier énoncé. La Cour d'appel fédérale a conclu que le juge de première instance avait mal appliqué la norme de la prépondérance des probabilités. Puisque je ne disposerai pas du pourvoi en fonction de la norme de preuve, il ne m'est pas nécessaire de trancher la question. Je dirai simplement que l'analyse du juge de première instance est loin d'être claire et que je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale selon lequel M. Ewert n'a pas prouvé le bien-fondé du second énoncé selon la prépondérance des probabilités.

A. *Le paragraphe 24(1) de la LSCMLC impose-t-il au SCC l'obligation de mettre à l'essai les outils employés par les psychologues pour évaluer les délinquants?*

[102] Les dispositions introductives de la *LSCMLC* exposent les objets et les principes du régime établi par cette loi. Les articles 3, 3.1 et 4 prévoient :

3 Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

3.1 The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.

4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:

...

(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;

...

[103] Sections 23 and 24 of the *CCRA* are the opening sections under the heading “Information”. They read as follows:

23 (1) When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,

(a) relevant information about the offence;

(b) relevant information about the person’s personal history, including the person’s social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

3.1 La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.

4 Le Service est guidé, dans l’exécution du mandat visé à l’article 3, par les principes suivants :

...

(g) ses directives d’orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d’autres groupes;

...

[103] Les articles 23 et 24 de la *LSCMLC* sont les dispositions introductives de la rubrique « Renseignements ». Ils sont rédigés comme suit :

23 (1) Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d’une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :

a) les renseignements pertinents concernant l’infraction en cause;

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

c) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d’appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l’espèce

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l’incarcération;

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

(2) Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

(a) the offender may request the Service to correct that information; and

(b) where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

[104] In interpreting s. 24(1) I will look to the “words of [the] Act . . . in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87.

[105] There are two possible interpretations of s. 24(1). One interpretation is that insight or understanding derived from the assessment tools — for example, that an offender has a personality disorder

e) tous autres renseignements concernant l’exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l’infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l’admissibilité à la libération conditionnelle.

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l’accès à l’information*, lui seraient communiqués.

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l’accès à l’information* n’a pour effet d’empêcher ou de limiter l’obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu’il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

(2) Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

[104] Afin d’interpréter le par. 24(1), je lirai les [TRADUCTION] « termes [de la] loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87.

[105] Le paragraphe 24(1) se prête à deux interprétations. L’une d’elles est que les indications ou les connaissances que l’on peut tirer des outils d’évaluation — par exemple, que le délinquant souffre d’un

or is at a high risk to reoffend — is “information” that the CSC uses in its decision-making. Thus, the requirement to take “reasonable steps” to ensure the information is “accurate” imposes an obligation on the CSC to verify that the tests are valid, i.e. that they meaningfully assess that which they are intended to assess. An alternative interpretation is that s. 24(1) refers to biographical or factual information about an offender. Thus, things like age, criminal record, behaviour in prison, courses taken with a view to rehabilitation, and the like are “information” that should be “accurate, up to date and complete”.

[106] Mr. Ewert urges on us the first interpretation. He argues that s. 24(1) imposes a duty on the CSC to test the impugned tools, as the test results are “information” that the CSC “uses”, *inter alia*, to assess the risk to public safety: *CCRA*, ss. 28 to 31; *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620, ss. 13, 17 and 18. As well, s. 4(g) of the *CCRA* requires the CSC to respect the different needs of Indigenous inmates. Thus, the CSC’s statutory duty to take reasonable steps to ensure the accuracy of “information” includes an obligation to ensure the validity of assessments whose results are recorded in an inmate’s records.

[107] The CSC argues for a more limited view of s. 24(1), taking the position that the provision is limited to “primary facts” and not “inferences or assessments drawn by the Service”. Parliament has created a scheme governing the CSC’s use of information that allows offenders to challenge inaccuracies in that information pursuant to s. 24(2). Sections 24(1) and 24(2) should be read together and interpreted in this context. Thus, the requirement under s. 24(1) to take reasonable steps with respect to the accuracy of “information” does not include an obligation to conduct studies as to the validity of assessment tools. Section 4(g) of the *CCRA* expresses guiding principles to inform the CSC’s actions, but

trouble de la personnalité ou qu’il présente un risque élevé de récidive — sont des « renseignements » que le SCC utilise dans son processus décisionnel. Ainsi, l’obligation qu’il a de veiller, « dans la mesure du possible », à ce que les renseignements soient « exacts » l’oblige à s’assurer que les outils sont valides, c.-à-d. qu’ils évaluent vraiment ce qu’ils sont censés évaluer. L’autre interprétation est que le par. 24(1) renvoie aux renseignements d’ordre biographique ou factuel qui concernent le délinquant. Ainsi, des choses telles que son âge, ses antécédents criminels, la façon dont il se comporte en prison, les cours qu’il a suivis en vue de sa réadaptation, notamment, sont des « renseignements » qui doivent être « à jour, exacts et complets ».

[106] M. Ewert nous prie d’adopter la première interprétation. Il soutient que le par. 24(1) impose au SCC l’obligation de mettre à l’essai les outils contestés, étant donné que les résultats produits par ces outils sont des « renseignements » que le SCC « utilise », entre autres, pour mesurer le risque que le délinquant présente pour la sécurité du public : *LSCMLC*, art. 28 à 31; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620, art. 13, 17 et 18. En outre, l’al. 4g) de la *LSCMLC* exige du SCC qu’il respecte les besoins propres aux détenus autochtones. Partant, l’obligation que la *LSCMLC* lui impose de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » comporte l’obligation de s’assurer de la validité des évaluations dont les résultats sont consignés aux dossiers du détenu.

[107] Le SCC plaide en faveur d’une interprétation plus restreinte du par. 24(1), faisant valoir que la disposition ne s’applique qu’aux [TRADUCTION] « faits primaires » et non aux « inférences ou aux évaluations tirées par le Service ». Le législateur a créé un régime qui régit l’utilisation de renseignements par le SCC et qui permet aux délinquants de contester l’exactitude de ces renseignements en vertu du par. 24(2). Les paragraphes 24(1) et (2) doivent être lus conjointement et interprétés dans ce contexte. Ainsi, l’obligation au par. 24(1) de veiller, dans la mesure du possible, à l’exactitude des « renseignements » ne comporte pas l’obligation de mener des études sur la validité des outils d’évaluation.

does not prescribe a particular outcome for any CSC decision, nor does it infuse s. 24(1) with the meaning that Mr. Ewert suggests.

[108] I find the second interpretation to be persuasive. Sections 24(1) and 24(2) of the *CCRA* are about accurate record-keeping. Section 24 is not about challenging the means that the CSC uses to make its decisions. When an offender's complaint is about the way that a particular decision is made, the *CCRA* provides a means for offenders to file a grievance and, if necessary, pursue judicial review: *CCRA*, s. 90; *Corrections and Conditional Release Regulations*, ss. 74 to 82. That is of fundamental importance. But, it is not what is dealt with in ss. 24(1) and 24(2).

[109] The *CCRA* is concerned with managing the custody of offenders, assisting in their rehabilitation and reintegration, and protecting society: *CCRA*, ss. 3 and 3.1. These goals require good decision-making based, *inter alia*, on accurate information. Section 24 relates to the accuracy of information. For instance, the CSC should correct a report that says that an offender was involved in a fight when the offender was not involved. Making decisions on the basis of inaccurate information will not assist the CSC in furthering its objectives to rehabilitate offenders and protect society. Thus, s. 24 serves an important function. That function does not include verifying the validity of assessment tools. Such matters are open to challenge. But, the proper avenue for such challenges is the grievance procedure and, where necessary, judicial review. These challenges must be brought in a way that respects Parliamentary intent, rather than forcing an unwarranted interpretation of s. 24.

[110] Parliament imposed a duty on the CSC in s. 24(1) to record information accurately. Section 24(2) provides a means for inmates to correct errors in the information that is recorded. The scheme is simple. It reflects Parliament's intent to provide offenders with a specific remedy they could use to

L'alinéa 4g) de la *LSCMLC* énonce les principes de fonctionnement du SCC, mais il n'impose à ce dernier aucun résultat précis pas plus qu'il ne donne au par. 24(1) le sens suggéré par M. Ewert.

[108] J'estime que la deuxième interprétation est convaincante. Les paragraphes 24(1) et (2) de la *LSCMLC* visent la tenue exacte des dossiers. L'article 24 ne vise pas la contestation des moyens pris par le SCC pour prendre ses décisions. Lorsqu'un délinquant se plaint de la façon dont une décision donnée est prise, la *LSCMLC* lui fournit un moyen de déposer un grief et, si nécessaire, de se pourvoir en contrôle judiciaire : *LSCMLC*, art. 90; *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, art. 74 à 82. Ce processus est d'une importance fondamentale. Mais ce n'est pas de cela dont il est question aux par. 24(1) et (2).

[109] La *LSCMLC* a pour objectifs de gérer la garde des délinquants, d'aider à leur réadaptation et à leur réinsertion, et de protéger la société : *LSCMLC*, art. 3 et 3.1. L'atteinte de ces objectifs passe par un processus décisionnel adéquat qui repose, entre autres, sur des renseignements exacts. L'article 24 s'attache à l'exactitude des renseignements. Par exemple, si un rapport indique qu'un délinquant a participé à une bagarre alors que ce n'est pas le cas, le SCC doit corriger cette erreur. Un processus décisionnel fondé sur des renseignements inexacts n'aidera pas le SCC à atteindre ses objectifs de réadaptation des délinquants et de protection de la société. L'article 24 remplit donc une fonction importante. S'assurer de la validité des outils d'évaluation n'en fait pas partie. Les questions de cette nature peuvent être contestées. Elles doivent cependant l'être par voie de grief et, s'il y a lieu, par voie de contrôle judiciaire. Ces recours doivent être intentés d'une façon qui respecte l'intention du législateur, plutôt que de forcer une interprétation injustifiée de l'art. 24.

[110] Au paragraphe 24(1), le législateur impose au SCC l'obligation de consigner avec exactitude les renseignements qu'il obtient. Le paragraphe 24(2) permet au délinquant de demander la correction des renseignements erronés qui sont consignés. Le régime est simple. Il traduit l'intention du législateur

make sure that the CSC's duty to maintain accurate records is met.

[111] This interpretation is reinforced by the reference to s. 23 in s. 24(2). Section 23 sets out the types of information the CSC will obtain about an offender when they arrive at a penitentiary. All this information is factual or biographical. This is the type of information referred to in s. 24(1). An offender may be provided with this information upon request and, if there is an error, it can be corrected pursuant to the procedure set out in s. 24(2).

[112] Mr. Ewert argues that Parliament would have referred to the types of information subject to s. 24(1) if it wanted to do so, just as it did in s. 23. This is not persuasive. The scheme that is set out in ss. 23 and 24 is straightforward. Section 23 lists the information that is to be recorded. Section 24(1) requires the CSC to record this information accurately and to keep it up to date. Section 24(2) provides a means for an inmate to correct errors or deficiencies in the information.

[113] Mr. Ewert argues that the word "information" in ss. 24(1) and 24(2) should be given different meanings. Indeed, the logic of his position, and that adopted by the majority, requires that "information" be given different meanings in s. 24(1) and s. 24(2). This is so because "information", in s. 24(2) is expressly linked to what is described in s. 23, while Mr. Ewert and the majority say that "information" in s. 24(1) has a far wider meaning. But why would Parliament have chosen such an oblique structure as to give two different meanings to the same word ("information") in consecutive subsections of the same provision? It is not plausible. Moreover, when the same words are used throughout a statute, they are presumed to have the same meaning: *R. v. Zeolkowski*, [1989] 1 S.C.R. 1378, at p. 1387.

d'offrir aux délinquants un moyen particulier de s'assurer que le SCC respecte son obligation de tenue exacte des dossiers.

[111] Cette interprétation est renforcée par le fait que le par. 24(2) renvoie à l'art. 23. Cet article précise les types de renseignements que le SCC obtiendra au sujet d'un délinquant qui arrive au pénitencier. Tous ces renseignements sont d'ordre factuel ou biographique. C'est à ce type de renseignements que renvoie le par. 24(1). Le délinquant peut accéder, sur demande, à ces renseignements, et s'ils sont erronés, il peut en demander la correction suivant la procédure établie au par. 24(2).

[112] M. Ewert soutient que, s'il l'avait voulu, le législateur aurait mentionné les types de renseignements assujettis au par. 24(1), tout comme il l'a fait à l'art. 23. Cet argument n'est pas convaincant. Le régime établi par les art. 23 et 24 est simple. L'article 23 dresse la liste des renseignements à consigner. Le paragraphe 24(1) exige du SCC qu'il consigne ces renseignements avec exactitude et qu'il les tienne à jour. Quant au par. 24(2), il offre au détenu un moyen de faire corriger les renseignements erronés ou incomplets.

[113] M. Ewert ajoute qu'il convient de donner un sens différent au mot « renseignements » aux par. 24(1) et (2). En fait, la logique de la thèse qu'il avance, et qui a été adoptée par la majorité, exige que l'on interprète différemment le mot « renseignements » aux par. 24(1) et 24(2). Il en est ainsi parce que les « renseignements » dont il est question au par. 24(2) sont expressément liés à ceux décrits à l'art. 23, même si M. Ewert et les juges majoritaires disent que le mot « renseignements » au par. 24(1) a un sens beaucoup plus large. Or, pourquoi le législateur aurait-il choisi de donner indirectement deux sens différents au même mot (« renseignements ») dans deux paragraphes consécutifs d'un même article? Cette hypothèse n'est pas plausible. Qui plus est, lorsque les mêmes mots sont employés dans l'ensemble d'une loi, ils sont présumés avoir le même sens : *R. c. Zeolkowski*, [1989] 1 R.C.S. 1378, p. 1387.

[114] We should also consider the other words in s. 24, including the requirement that the information be “as accurate, up to date and complete as possible”. My colleague rejects the Crown’s argument that it is inappropriate to speak of “accuracy” when dealing with actuarial science because “the obligation provided for in s. 24(1) is a general one that is necessarily described using general rather than technical language”: para. 43. In support of this, he writes that “both parties’ experts proceeded from the premise that the accuracy of a psychological or actuarial assessment tool can be evaluated and that such an evaluation is relevant to a decision whether to use the tool”: para. 44.

[115] With respect, the expert evidence in this case points to a different understanding of “accuracy”. Dr. Hart, the expert whom the trial judge found to be most credible, described the predictive capacity of the impugned tools in terms of *validity* and *reliability*, rather than accuracy. It is not appropriate to speak of a psychological test as being accurate or inaccurate, in the same way that an instrument such as a thermometer is or is not accurate. Rather, *validity* (the meaningfulness of the inferences drawn from assessment measurements) and *reliability* (the stability of measurements across evaluators or across time) exist on a spectrum: A.R., vol. XVIII, at pp. 5703-5. Thus, a psychological test can be more or less *valid* or *reliable*, but it cannot properly be described as being “accurate” or “inaccurate”.

[116] Further, one needs to consider how the CSC would be required to act under my colleague’s interpretation. If further research provides insight into the degree of validity and reliability of the impugned tools as applied to Aboriginal offenders, how *valid* or *reliable* must the tools be in order to be deemed “accurate” (as opposed to “inaccurate”)? This is quite different from verifying factual information such as those items listed in s. 23(1) — date of birth, criminal history, or other primary information that will necessarily be accurate or inaccurate. As well, what does it mean to require the impugned tools to be “as accurate as possible”? The assessment of human personality, by whatever means, remains imprecise.

[114] Nous devrions également tenir compte des autres termes de l’art. 24, y compris l’exigence que les renseignements soient, « dans la mesure du possible, [. . .] à jour, exacts et complets ». Mon collègue rejette l’argument de la Couronne selon lequel il ne convient pas de parler d’« exactitude » dans le domaine de la science actuarielle parce que « l’obligation prévue au par. 24(1) en est une de nature générale qui appelle nécessairement une description en termes généraux plutôt que techniques » (par. 43). Pour appuyer cette proposition, il écrit que « les experts des deux parties sont partis du principe que l’exactitude d’un outil d’évaluation psychologique ou actuarielle peut être évaluée et que cette évaluation est importante pour décider s’il convient d’utiliser cet outil » (par. 44).

[115] Avec égards, le témoignage des experts en l’espèce nous amène à saisir différemment l’« exactitude ». M. Hart, l’expert que le juge du procès a trouvé le plus crédible, a utilisé les mots [TRADUCTION] « *validité* » et « *fiabilité* » au lieu d’« exactitude » pour décrire la capacité prédictive des outils contestés. Il ne convient pas de dire qu’un test psychologique est exact ou non, de la même façon qu’un instrument tel un thermomètre n’est pas exact. La *validité* (l’utilité des inférences tirées des mesures d’évaluation) et la *fiabilité* (la stabilité des mesures d’un évaluateur à l’autre ou dans le temps) se situent sur une échelle (d.a., vol. XVIII, p. 5703-5705). Ainsi, un test psychologique peut être plus ou moins *valide* ou *fiable*, mais on ne peut le qualifier à juste titre d’« exact » ou d’« inexact ».

[116] De plus, il faut se demander comment le SCC serait tenu d’agir selon l’interprétation de mon collègue. Si d’autres recherches nous éclairent sur le degré de validité et de fiabilité des outils contestés à l’endroit des délinquants autochtones, à quel point les outils doivent-ils être *valides* ou *fiables* pour être réputés « exacts » (au lieu d’« inexacts »)? Nous sommes bien loin de la vérification de renseignements factuels comme ceux énumérés au par. 23(1) : la date de naissance, les antécédents criminels ou d’autres renseignements de base qui seront nécessairement exacts ou inexacts. En outre, qu’entendons-nous par exiger que les outils contestés soient « exacts dans la mesure du possible »? Quel

It is not clear how the CSC and the courts are to account for this, if they are required to ensure that such assessments are “as accurate as possible”.

[117] The scope of the obligation in s. 24(1), as applied to the impugned tools, simply requires that the CSC maintain accurate records of the inmates’ test scores. If Mr. Ewert scored in the 98th percentile on Factor 1 of the Hare Psychopathy Checklist Revised, but the CSC documents that figure as being in the 89th percentile and uses that incorrect score in the course of its decision-making, then the CSC would have breached its obligations under s. 24(1) (assuming that the CSC failed to take “reasonable steps” to ensure the score was recorded correctly). The remedy for Mr. Ewert in such a case would be to bring an application under s. 24(2).

[118] Where the offender brings a challenge under s. 24(2) to have errors corrected, this is not the same as bringing a challenge to a decision made on the basis of incorrect information: *Kim v. Canada*, 2017 FC 848, at para. 43 (CanLII). A proceeding to enforce s. 24(2) only considers whether there has been an error in the information recorded in the offender’s file. If so, it will be corrected or a notation will be added. By contrast, in a judicial review of a grievance proceeding, the usual question is whether the CSC’s decision based, *inter alia*, on information in the inmate’s file (including test results) was reasonable. Judicial review allows the court to consider how the CSC makes its decisions, including the validity of the impugned tools.

[119] The Federal Court regularly conducts judicial reviews of the CSC’s decision-making, including applications to correct information under s. 24(2). This jurisprudence supports a reading of s. 24(1) that is consistent with the analysis that I have set out above. The Federal Court has limited the CSC’s obligation under s. 24(1) to ensure that *factual* information is accurate, up to date and complete. Section 24(1) was held not to apply to “the inferences or assessments drawn

que soit le moyen employé, l’évaluation de la personnalité humaine demeure imprécise. On ne sait pas de quelle manière le SCC et les tribunaux doivent en tenir compte, s’ils doivent veiller à que ces évaluations soient « exactes dans la mesure du possible ».

[117] La portée de l’obligation prévue au par. 24(1) en ce qui a trait aux outils contestés exige simplement que le SCC consigne avec exactitude les notes obtenues par les détenus au test. Si M. Ewert se classe dans le 98^e percentile pour le facteur 1 de l’Échelle de psychopatie révisée de Hare, mais les documents du SCC indiquent qu’il se classe dans le 89^e percentile et le SCC utilise cette note erronée dans sa prise de décision, le SCC manque à ses obligations aux termes du par. 24(1) (à supposer qu’il n’ait pas veillé, « dans la mesure du possible », à ce que la note soit consignée correctement). La solution pour M. Ewert en pareil cas serait de présenter une demande en vertu du par. 24(2).

[118] Le délinquant qui se prévaut du moyen de contestation prévu au par. 24(2) pour obtenir la correction d’erreurs ne saurait être assimilé à celui qui conteste une décision fondée sur des renseignements incorrects : *Kim c. Canada*, 2017 CF 848, par. 43 (CanLII). Pour l’application du par. 24(2), il suffit de déterminer si le renseignement consigné au dossier du délinquant est erroné. S’il l’est, il sera corrigé ou une note sera ajoutée au dossier. À l’inverse, lors du contrôle judiciaire d’une décision relative à un grief, il faut généralement se demander si la décision prise par le SCC sur le fondement, entre autres, des renseignements versés au dossier du détenu (y compris des résultats de test) était raisonnable. Le contrôle judiciaire permet à la cour d’examiner le processus décisionnel du SCC, notamment la validité des outils contestés.

[119] La Cour fédérale est régulièrement saisie de demandes de contrôle judiciaire visant le processus décisionnel du SCC, y compris de demandes de correction de renseignements au titre du par. 24(2). Les décisions qu’elle rend en la matière appuient une interprétation du par. 24(1) qui s’accorde avec l’analyse que j’ai exposée ci-dessus. La Cour fédérale a limité l’obligation que le par. 24(1) impose au SCC de veiller à ce que les renseignements *factuels*

by the Service from file information”: *Tehrankari v. Canada (Correctional Service)* (2000), 38 C.R. (5th) 43 (F.C.T.D.), at para. 41; see also *Charalambous v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1045, at para. 15 (CanLII), aff’d 2016 FCA 177, 483 N.R. 398.

[120] The Federal Court has also interpreted the phrase “reasonable steps” in a way that is consistent with the idea that the CSC’s obligations extend only to factual information. The word “reasonable” is a limit on the CSC’s obligations that is meant to ensure that the CSC can rely on information it obtains from official records. The CSC is not required — as a reasonable step — to re-investigate all the factual information it obtains from such records: *Tehrankari v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 332, at paras. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (F.C.), at para. 16. For instance, when an offender is transferred, officials at the new institution must make decisions about the offender based on records created at another institution, by the police or by the courts. It would go beyond “reasonable steps” to require the CSC to fact-check everything in the official records.

[121] I would adopt the reasoning of the Federal Court in the foregoing decisions. The Federal Court and the Federal Court of Appeal in its jurisprudence has set out a clear and coherent interpretation of s. 24(1) and (2). I see no reason to depart from that jurisprudence.

[122] Justice Wagner relies in part on s. 4(g) of the *CCRA* to determine the CSC’s obligations. This provision helps to interpret the *CCRA*, but it does not transform the nature and purpose of s. 24(1). Indeed, while s. 4(g) is part of the *CCRA*’s statement of principles, such provisions do not “create legally binding rights or obligations, nor do they purport to do so”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 454-455, citing *Greater Vancouver (Regional District) v. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

qu’il utilise soient à jour, exacts et complets. La cour a jugé que le par. 24(1) ne s’appliquait pas aux « inférences ou [aux] évaluations que le Service tire des renseignements contenus dans les dossiers » : *Tehrankari c. Canada (Service correctionnel)*, 2000 CanLII 15218 (C.F. 1^{re} inst.), par. 41; voir également *Charalambous c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1045, par. 15 (CanLII), conf. par 2016 CAF 177.

[120] La Cour fédérale a également donné à l’expression « dans la mesure du possible » une interprétation qui s’accorde avec l’idée que l’obligation du SCC ne s’étend qu’aux renseignements factuels. Le mot « possible » est une limite imposée à l’obligation du SCC afin que celui-ci puisse se fier aux renseignements qu’il tire des dossiers officiels. Le SCC n’est pas, « dans la mesure du possible », tenu de faire à nouveau enquête sur l’ensemble des renseignements factuels qu’il tire de ces dossiers : *Tehrankari c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 332, par. 35-36 (CanLII); *Charalambous* (C.F.), par. 16. Par exemple, lors d’un transfert, les autorités du nouvel établissement doivent prendre des décisions concernant le délinquant à partir des dossiers constitués par l’autre établissement, la police ou les tribunaux. Ce serait excéder « la mesure du possible » que d’exiger du SCC qu’il vérifie tous les faits consignés aux dossiers officiels.

[121] Je ferais mien le raisonnement adopté par la Cour fédérale dans les décisions susmentionnées. La jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale donne une interprétation claire et cohérente des par. 24(1) et (2). Je ne vois aucune raison de m’en écarter.

[122] Le juge Wagner s’appuie en partie sur l’al. 4g) de la *LSCMLC* pour déterminer les obligations du SCC. Cette disposition facilite l’interprétation de la *LSCMLC*, mais elle ne change en rien la nature et l’objet du par. 24(1). En effet, l’al. 4g) fait partie de l’énoncé de principes de la *LSCMLC*, mais les dispositions de cette nature ne [TRADUCTION] « créent pas de droits ou d’obligations juridiquement contraignants, pas plus qu’elles ne sont censées en créer » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 454-455, citant *Greater Vancouver (Regional District) c. British Columbia*, 2011 BCCA 345, 339 D.L.R. (4th) 251.

[123] As stated above, I am in full accord with the majority that the CSC needs to take into account the special circumstances of Indigenous offenders in its decision-making. Failing to do so may render a decision (e.g., denial of a transfer from a medium security facility to a minimum security facility) unreasonable. However, s. 4(g) does not assist this Court in choosing between the competing interpretations of the type of information that is within the scope of s. 24(1). Indeed, my colleague does not rely on s. 4(g) to do so, but rather relies on it to interpret the “reasonable steps” requirement *after* he has determined that the results of the impugned tools is information that has to be accurate under s. 24(1), i.e., that the tests must be valid.

[124] In addition, my colleague’s interpretation of the “reasonable steps” requirement in s. 24(1) leaves open some important questions about the scope of the CSC’s obligations. If the CSC must study the impugned tools to ensure their validity and reliability with respect to Indigenous offenders, what level of specificity is required? Must it distinguish between Métis and other Indigenous offenders? Must it distinguish between Indigenous persons who live on reserve and those who live off reserve? Must it distinguish between male and female Aboriginal offenders? Or with respect to other groups with unique “gender, ethnic, cultural and linguistic differences”? The majority reasons will invite further challenges on this issue. The courts will then be faced with difficult line-drawing exercises about the degree to which these tools must be validated with respect to specific communities. While it is desirable for the CSC to search for better decision-making methodologies, it is not the courts who are best equipped to engage in this exercise, as compared to the CSC itself or actuarial experts. Section 24 was not intended to require the courts to look behind these decisions.

[123] Comme je l’ai mentionné, je suis entièrement d’accord avec les juges majoritaires lorsqu’ils affirment que le SCC doit tenir compte de la situation particulière des délinquants autochtones dans son processus décisionnel. S’il ne le fait pas, sa décision (p. ex. refuser qu’un détenu soit transféré d’un établissement à sécurité moyenne à un établissement à sécurité minimale) pourrait bien devenir déraisonnable. Toutefois, l’al. 4g) n’aide pas la Cour à choisir entre les différentes interprétations possibles du type de renseignements qui sont visés par le par. 24(1). D’ailleurs, pour ce faire, mon collègue ne s’appuie pas sur l’al. 4g). Il s’y appuie plutôt pour interpréter l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » *après* avoir décidé que les résultats produits par les outils contestés sont des renseignements qui doivent être exacts selon le par. 24(1), c.-à-d. que les tests doivent être valides.

[124] Qui plus est, l’interprétation donnée par mon collègue à l’obligation d’agir « dans la mesure du possible » énoncée au par. 24(1) laisse en suspens certaines questions importantes au sujet de la portée des obligations du SCC. Si le SCC doit étudier les outils contestés pour assurer leur validité et leur fiabilité à l’égard des délinquants autochtones, à quel degré de spécificité est-il tenu? Doit-il distinguer les délinquants métis des autres délinquants autochtones? Doit-il faire une distinction entre les Autochtones qui vivent dans les réserves de ceux qui vivent en dehors de celles-ci? Doit-il distinguer les délinquants autochtones des délinquantes autochtones? Ou à l’endroit des autres groupes ayant des « différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu’entre les sexes » qui leur sont propres? Les motifs de la majorité donneront lieu à d’autres contestations sur ce point. Les tribunaux devront alors s’atteler à la tâche difficile d’établir à quel point ces outils doivent être validés à l’égard de certains groupes. Bien qu’il soit souhaitable pour le SCC de chercher de meilleurs mécanismes de prise de décision, ce ne sont pas les tribunaux qui sont les mieux outillés pour se prêter à cet exercice, comparativement au SCC lui-même ou aux experts actuariels. L’article 24 n’était pas censé obliger les tribunaux à se pencher sur ce qui a mené à ces décisions.

[125] One can readily understand Mr. Ewert’s frustration with the CSC’s failure, after his repeated requests, to study the validity of the assessment tools when used with Indigenous offenders. The CSC responded to Mr. Ewert’s 2005 grievance by telling him that they were studying the tools. The reviewing judges of the Federal Courts took note of the CSC’s delayed response and declined to order costs to the CSC: *Ewert* (2007), at para. 71, *Ewert* (2008), at para. 11. A further decade has passed. This further delay, without any valid explanation, might make the CSC’s actions unreasonable. But, that is not the issue that is now before us.

B. *What Is the Appropriate Remedy in This Case?*

[126] I would dismiss the appeal on the basis that s. 24(1) does not impose an obligation on the CSC to study the impugned tools, but in addition I differ from the majority as to the remedy. My colleague grants a declaration, relying on the exceptional circumstances of this case. Notwithstanding these circumstances, I would decline to do so.

[127] This Court has stated that “[t]he proper remedy for breach of statutory duty by a public authority, traditionally viewed, is judicial review for invalidity”: *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 9. Allowing inmates to apply to the Federal Court for a declaration that the CSC has violated s. 24 or some other provision would effectively bypass the ordinary process of judicial review. The consequences of a declaratory “bypass” of judicial review are significant. Such a remedy would fail to accord the deference that is typically shown to administrative decision makers. This could open the door to “undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 27.

[125] On peut facilement comprendre la frustration de M. Ewert alors que, malgré ses demandes répétées, le SCC n’a pas mené d’étude sur la validité des outils d’évaluation à l’égard de délinquants autochtones. Le SCC a répondu au grief déposé en 2005 par M. Ewert en lui disant qu’il menait une étude sur ces outils. Les juges des cours fédérales siégeant en contrôle ont pris acte de la réaction tardive du SCC et ont refusé de lui accorder ses dépens : *Ewert* (2007), par. 71, *Ewert* (2008), par. 11. Il s’est depuis écoulé une autre décennie. Ce nouveau délai, pour lequel aucune explication valable n’a été fournie, pourrait rendre déraisonnables les mesures prises par le SCC. Mais là n’est pas la question dont nous sommes actuellement saisis.

B. *Quelle réparation convient-il d’accorder en l’espèce?*

[126] Je rejetterais le pourvoi au motif que le par. 24(1) n’impose pas au SCC l’obligation d’étudier les outils contestés, mais je ne suis en outre pas d’accord avec la majorité quant à la réparation à accorder. Mon collègue rend un jugement déclaratoire en s’appuyant sur les circonstances exceptionnelles de l’espèce. Malgré ces circonstances, je m’abstienrais de le faire.

[127] Notre Cour a déclaré que « [l]e recours traditionnellement reconnu lorsqu’une autorité publique manque à son obligation légale est la demande de contrôle judiciaire pour invalidité » : *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 9. Permettre aux détenus de s’adresser à la Cour fédérale afin d’obtenir un jugement déclarant que le SCC a violé l’art. 24 ou une autre disposition reviendrait dans les faits à contourner le processus ordinaire de contrôle judiciaire. Les conséquences d’un tel contournement sous forme de jugement déclaratoire sont importantes. Les décideurs administratifs n’auraient pas droit à la déférence qui leur est normalement accordée. Il pourrait s’ensuivre une « immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 27.

[128] While I am sympathetic to Mr. Ewert's situation, it is unwise to depart from settled legal principles, even on the hard facts of this case.

V. Disposition

[129] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20

PART I

Institutional and Community Corrections

...

Purpose and Principles

Purpose of correctional system

3 The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

[128] Bien que je sois sensible à la situation de M. Ewert, il est imprudent de s'écarter des principes juridiques établis, même au vu de la dure réalité en l'espèce.

V. Dispositif

[129] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions légales pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, c. 20

PARTIE I

Système correctionnel

...

Objet et principes

But du système correctionnel

3 Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d'une société juste, vivant en paix et en sécurité, d'une part, en assurant l'exécution des peines par des mesures de

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and	garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d'autre part, en aidant au moyen de programmes appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.
(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.	
Paramount consideration	Critère prépondérant
3.1 The protection of society is the paramount consideration for the Service in the corrections process.	3.1 La protection de la société est le critère prépondérant appliqué par le Service dans le cadre du processus correctionnel.
Principles that guide Service	Principes de fonctionnement
4 The principles that guide the Service in achieving the purpose referred to in section 3 are as follows:	4 Le Service est guidé, dans l'exécution du mandat visé à l'article 3, par les principes suivants :
...	...
(c) the Service uses measures that are consistent with the protection of society, staff members and offenders and that are limited to only what is necessary and proportionate to attain the purposes of this Act;	c) il prend les mesures qui, compte tenu de la protection de la société, des agents et des délinquants, ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire et proportionnel aux objectifs de la présente loi;
...	...
(g) correctional policies, programs and practices respect gender, ethnic, cultural and linguistic differences and are responsive to the special needs of women, aboriginal peoples, persons requiring mental health care and other groups;	g) ses directives d'orientation générale, programmes et pratiques respectent les différences ethniques, culturelles et linguistiques, ainsi qu'entre les sexes, et tiennent compte des besoins propres aux femmes, aux autochtones, aux personnes nécessitant des soins de santé mentale et à d'autres groupes;
...	...
Information	Renseignements
Service to obtain certain information about offender	Obtention de renseignements
23 (1) When a person is sentenced, committed or transferred to penitentiary, the Service shall take all reasonable steps to obtain, as soon as is practicable,	23 (1) Le Service doit, dans les meilleurs délais après la condamnation ou le transfèrement d'une personne au pénitencier, prendre toutes mesures possibles pour obtenir :
(a) relevant information about the offence;	a) les renseignements pertinents concernant l'infraction en cause;

(b) relevant information about the person's personal history, including the person's social, economic, criminal and young-offender history;

(c) any reasons and recommendations relating to the sentencing or committal that are given or made by

(i) the court that convicts, sentences or commits the person, and

(ii) any court that hears an appeal from the conviction, sentence or committal;

(d) any reports relevant to the conviction, sentence or committal that are submitted to a court mentioned in subparagraph (c)(i) or (ii); and

(e) any other information relevant to administering the sentence or committal, including existing information from the victim, the victim impact statement and the transcript of any comments made by the sentencing judge regarding parole eligibility.

Access by offender

(2) Where access to the information obtained by the Service pursuant to subsection (1) is requested by the offender in writing, the offender shall be provided with access in the prescribed manner to such information as would be disclosed under the *Privacy Act* and the *Access to Information Act*.

Disclosure to Service

(3) No provision in the *Privacy Act* or the *Access to Information Act* shall operate so as to limit or prevent the Service from obtaining any information referred to in paragraphs (1)(a) to (e).

Accuracy, etc., of information

24 (1) The Service shall take all reasonable steps to ensure that any information about an offender that it uses is as accurate, up to date and complete as possible.

b) les renseignements personnels pertinents, notamment les antécédents sociaux, économiques et criminels, y compris comme jeune contrevenant;

c) les motifs donnés par le tribunal ayant prononcé la condamnation, infligé la peine ou ordonné la détention — ou par le tribunal d'appel — en ce qui touche la peine ou la détention, ainsi que les recommandations afférentes en l'espèce;

d) les rapports remis au tribunal concernant la condamnation, la peine ou l'incarcération;

e) tous autres renseignements concernant l'exécution de la peine ou de la détention, notamment les renseignements obtenus de la victime, la déclaration de la victime quant aux conséquences de l'infraction et la transcription des observations du juge qui a prononcé la peine relativement à l'admissibilité à la libération conditionnelle.

Accès du délinquant aux renseignements

(2) Le délinquant qui demande par écrit que les renseignements visés au paragraphe (1) lui soient communiqués a accès, conformément au règlement, aux renseignements qui, en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de la *Loi sur l'accès à l'information*, lui seraient communiqués.

Communication de renseignements au Service

(3) Aucune disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ou de la *Loi sur l'accès à l'information* n'a pour effet d'empêcher ou de limiter l'obtention par le Service des renseignements visés aux alinéas (1)a) à e).

Exactitude des renseignements

24 (1) Le Service est tenu de veiller, dans la mesure du possible, à ce que les renseignements qu'il utilise concernant les délinquants soient à jour, exacts et complets.

Correction of information

(2) Where an offender who has been given access to information by the Service pursuant to subsection 23(2) believes that there is an error or omission therein,

(a) the offender may request the Service to correct that information; and

(b) where the request is refused, the Service shall attach to the information a notation indicating that the offender has requested a correction and setting out the correction requested.

Service to give information to parole boards, etc.

25 (1) The Service shall give, at the appropriate times, to the Parole Board of Canada, provincial governments, provincial parole boards, police, and any body authorized by the Service to supervise offenders, all information under its control that is relevant to release decision-making or to the supervision or surveillance of offenders.

...

Disclosure of information to victims

26 (1) At the request of a victim of an offence committed by an offender, the Commissioner

(a) shall disclose to the victim the following information about the offender:

(i) the offender's name,

(ii) the offence of which the offender was convicted and the court that convicted the offender,

(iii) the date of commencement and length of the sentence that the offender is serving, and

(iv) eligibility dates and review dates applicable to the offender under this Act in respect of temporary absences or parole;

(b) may disclose to the victim any of the following information about the offender, where in the

Correction des renseignements

(2) Le délinquant qui croit que les renseignements auxquels il a eu accès en vertu du paragraphe 23(2) sont erronés ou incomplets peut demander que le Service en effectue la correction; lorsque la demande est refusée, le Service doit faire mention des corrections qui ont été demandées mais non effectuées.

Communication de renseignements

25 (1) Aux moments opportuns, le Service est tenu de communiquer à la Commission des libérations conditionnelles du Canada, aux gouvernements provinciaux, aux commissions provinciales de libération conditionnelle, à la police et à tout organisme agréé par le Service en matière de surveillance de délinquants les renseignements pertinents dont il dispose soit pour prendre la décision de les mettre en liberté soit pour leur surveillance.

...

Communication de renseignements à la victime

26 (1) Sur demande de la victime, le commissaire :

a) communique à celle-ci les renseignements suivants :

(i) le nom du délinquant,

(ii) l'infraction dont il a été trouvé coupable et le tribunal qui l'a condamné,

(iii) la date de début et la durée de la peine qu'il purge,

(iv) les dates d'admissibilité et d'examen applicables aux permissions de sortir ou à la libération conditionnelle;

b) peut lui communiquer tout ou partie des renseignements suivants si, à son avis, l'intérêt de la victime

Commissioner's opinion the interest of the victim in such disclosure clearly outweighs any invasion of the offender's privacy that could result from the disclosure:

- (i) the offender's age,
- (ii) the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
 - (ii.1) if the offender is transferred, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the penitentiary in which the sentence is being served,
 - (ii.2) if the offender is to be transferred to a minimum security institution as designated by Commissioner's Directive and it is possible to notify the victim before the transfer, a summary of the reasons for the transfer and the name and location of the institution in which the sentence is to be served,
 - (ii.3) the programs that were designed to address the needs of the offender and contribute to their successful reintegration into the community in which the offender is participating or has participated,
 - (ii.4) the serious disciplinary offences that the offender has committed,
- (iii) information pertaining to the offender's correctional plan, including information regarding the offender's progress towards meeting the objectives of the plan,
- (iv) the date of any hearing for the purposes of a review under section 130,
- (v) that the offender has been removed from Canada under the *Immigration and Refugee Protection Act* before the expiration of the sentence, and
- (vi) [Repealed, 2015, c. 13, s. 46]
- (vii) whether the offender is in custody and, if not, the reason why the offender is not in custody;

justifierait nettement une éventuelle violation de la vie privée du délinquant :

- (i) l'âge du délinquant,
- (ii) le nom et l'emplacement du pénitencier où il est détenu,
 - (ii.1) en cas de transfèrement dans un autre pénitencier, le nom et l'emplacement de celui-ci et un résumé des motifs du transfèrement,
 - (ii.2) dans la mesure du possible, un préavis du transfèrement dans un établissement à sécurité minimale au sens des directives du commissaire, le nom et l'emplacement de l'établissement et un résumé des motifs du transfèrement,
 - (ii.3) les programmes visant à répondre aux besoins et à contribuer à la réinsertion sociale des délinquants auxquels le délinquant participe ou a participé,
 - (ii.4) les infractions disciplinaires graves qu'il a commises,
- (iii) des renseignements concernant son plan correctionnel, notamment les progrès qu'il a accomplis en vue d'en atteindre les objectifs,
- (iv) la date de toute audience prévue à l'égard de l'examen visé à l'article 130,
- (v) son renvoi du Canada dans le cadre de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant l'expiration de sa peine,
- (vi) [Abrogé, 2015, ch. 13, art. 46]
- (vii) s'il est sous garde et, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il ne l'est pas;

(c) shall disclose to the victim any of the following information about the offender, if, in the Commissioner's opinion, the disclosure would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the date, if any, on which the offender is to be released on temporary absence, work release, parole or statutory release,

(ii) the conditions attached to the offender's temporary absence, work release, parole or statutory release,

(iii) the destination of the offender on any temporary absence, work release, parole or statutory release, whether the offender will be in the vicinity of the victim while travelling to that destination and the reasons for any temporary absence; and

(d) shall provide the victim with access to a photograph of the offender taken on the occurrence of the earliest of any of the following — and any subsequent photograph of the offender taken by the Service — if, in the Commissioner's opinion, to do so would not have a negative impact on the safety of the public:

(i) the release of the offender on unescorted temporary absence,

(ii) the offender's work release,

(iii) the offender's release on parole, and

(iv) the offender's release by virtue of statutory release or the expiration of the sentence.

...

Information to be given to offenders

27 (1) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to make representations in relation to a decision to be taken by the Service about the offender, the person or body that is to take the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, a reasonable period before the decision is to be taken, all the information to be considered in the taking of the decision or a summary of that information.

c) lui communique tout ou partie des renseignements ci-après si, à son avis, cette communication n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la date de la mise en liberté du délinquant au titre d'une permission de sortir, d'un placement à l'extérieur ou de la libération conditionnelle ou d'office,

(ii) les conditions dont est assorti la permission de sortir, le placement à l'extérieur ou la libération conditionnelle ou d'office,

(iii) la destination du délinquant lors de sa permission de sortir et les raisons de celle-ci, sa destination lors de son placement à l'extérieur, sa libération conditionnelle ou d'office et son éventuel rapprochement de la victime, selon son itinéraire;

d) lui donne accès à une photographie du délinquant au premier des événements ci-après, ou à toute nouvelle photographie du délinquant prise par le Service par la suite, si, à son avis, cet accès n'aurait pas d'incidence négative sur la sécurité du public :

(i) la mise en liberté du délinquant lors d'une permission de sortir sans escorte,

(ii) son placement à l'extérieur,

(iii) sa libération conditionnelle,

(iv) sa libération d'office ou l'expiration de sa peine.

...

Communication de renseignements au délinquant

27 (1) Sous réserve du paragraphe (3), la personne ou l'organisme chargé de rendre, au nom du Service, une décision au sujet d'un délinquant doit, lorsque celui-ci a le droit en vertu de la présente partie ou des règlements de présenter des observations, lui communiquer, dans un délai raisonnable avant la prise de décision, tous les renseignements entrant en ligne de compte dans celle-ci, ou un sommaire de ceux-ci.

Idem

(2) Where an offender is entitled by this Part or the regulations to be given reasons for a decision taken by the Service about the offender, the person or body that takes the decision shall, subject to subsection (3), give the offender, forthwith after the decision is taken, all the information that was considered in the taking of the decision or a summary of that information.

Appeal allowed in part, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Native Women's Association of Canada and the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Native Women's Association of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Mental Health Legal Committee: Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Solicitors for the interveners the West Coast Prison Justice Society and the Prisoners' Legal Services: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Presser Barristers, Toronto.

Solicitors for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association and the Union of British Columbia Indian Chiefs: Champ & Associates, Ottawa.

Idem

(2) Sous réserve du paragraphe (3), cette personne ou cet organisme doit, dès que sa décision est rendue, faire connaître au délinquant qui y a droit au titre de la présente partie ou des règlements les renseignements pris en compte dans la décision, ou un sommaire de ceux-ci.

Pourvoi accueilli en partie, les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Gratl & Company, Vancouver; Eric Purtzki, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa; Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Mental Health Legal Committee : Perez Bryan Procope, Toronto; Advocacy Centre for the Elderly, Toronto.

Procureurs des intervenants West Coast Prison Justice Society et Prisoners' Legal Services : Nanda & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Presser Barristers, Toronto.

Procureurs des intervenantes British Columbia Civil Liberties Association et l'Union des Chefs indiens de la Colombie-Britannique : Champ & Associates, Ottawa.

TAB 11

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20160203

Docket: A-512-15

Citation: 2016 FCA 35

**Coram: NADON J.A.
STRATAS J.A.
RYER J.A.**

BETWEEN:

MAGDALENA FORNER

Applicant

and

**THE PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE
PUBLIC SERVICE OF CANADA**

Respondent

Dealt with in writing without appearance of parties.

Order delivered at Ottawa, Ontario, on February 3, 2016.

REASONS FOR ORDER BY:

STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY:

**NADON J.A.
RYER J.A.**

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20160203

Docket: A-512-15

Citation: 2016 FCA 35

Coram: NADON J.A.
STRATAS J.A.
RYER J.A.

BETWEEN:

MAGDALENA FORNER

Applicant

and

THE PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE
PUBLIC SERVICE OF CANADA

Respondent

REASONS FOR ORDER

STRATAS J.A.

[1] Before the Court is an application for judicial review. The respondent moves to strike it out on the ground that it is premature.

[2] The applicant has not responded to the motion. However, motions such as this are not granted by default. The Court must be satisfied that the application should be struck out on the basis of the material before it and the applicable law.

A. Background and the application for judicial review

[3] The applicant has submitted a complaint to the Public Service Labour Relations and Employment Board. She alleges that her former bargaining agent, the respondent, breached its duty to represent her fairly.

[4] In response, the Board asked the applicant to provide more particulars concerning her complaint. It asked her to fill out a “Request for Particulars” form. The applicant responded by endorsing “see attached documents” at various places on the form. She submitted the form along with a box of documents.

[5] The Board decided to reject her submission and returned the box of documents to her. It asked her again to submit the particulars concerning her complaint using the “Request for Particulars” form.

[6] Rather than complying with the Board’s decision, the applicant immediately launched this application for judicial review, seeking to set it aside.

B. The respondent’s submissions on the motion to strike

[7] The respondent submits that we should strike the application for judicial review on the ground that it is premature. It relies upon our jurisprudence suggesting that applications for judicial review of interlocutory decisions by administrators will often be struck. The respondent

adds that although motions to strike applications should rarely be entertained (citing *David Bull Laboratories (Can.) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.)), the motion to strike should be granted in the circumstances of this case.

C. Analysis

[8] I agree with the respondent's submissions and would strike the application for judicial review.

[9] Currently, the leading case in this Court on motions to strike applications for judicial review is *Canada (National Revenue) v. JP Morgan Asset Management (Canada) Inc.*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557. At paragraphs 47-48, this Court set out the test for striking an application for judicial review:

[47] The Court will strike a notice of application for judicial review only where it is "so clearly improper as to be bereft of any possibility of success": *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 at page 600 (C.A.). There must be a "show stopper" or a "knockout punch" – an obvious, fatal flaw striking at the root of this Court's power to entertain the application: *Rahman v. Public Service Labour Relations Board*, 2013 FCA 117 at paragraph 7; *Donaldson v. Western Grain Storage By-Products*, 2012 FCA 286 at paragraph 6; *cf. Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959.

[48] There are two justifications for such a high threshold. First, the Federal Courts' jurisdiction to strike a notice of application is founded not in the Rules but in the Courts' plenary jurisdiction to restrain the misuse or abuse of courts' processes: *David Bull, supra* at page 600; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50. Second, applications for judicial review must be brought quickly and must proceed "without delay" and "in a summary way": *Federal Courts Act*, [R.S.C. 1985, c. F-7], subsection 18.1(2) and section 18.2. An unmeritorious motion – one that raises matters that should be advanced at the hearing on the merits – frustrates that objective.

[10] In a decision postdating *JP Morgan*, the Supreme Court has emphasized the need for modern litigation to proceed to resolution faster and more simply: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87. This underscores the important role that motions to strike can play in removing clearly unmeritorious cases from the court system. This case is a good example.

[11] This threshold for a motion to strike is met here. The applicant challenges a decision made by the Board right at the outset of its administrative proceedings. Its administrative proceedings are far from completed. The respondent's objection that the application for judicial review is premature is, in the circumstances of this case, a "show stopper." In these circumstances, it is clear that this Court cannot entertain the application for judicial review.

[12] Applications for judicial review of decisions made at the outset of administrative proceedings or during administrative proceedings normally do not lie.

[13] The general rule is that applications for judicial review can be brought only after the administrative decision-maker has made its final decision. At that time, administrative decisions made at the outset of administrative proceedings or during administrative proceedings can be the subject of challenge along with the final decision.

[14] The relevant law on point and the rationale for it is as follows:

[30] The normal rule is that parties can proceed to the court system only after all adequate remedial recourses in the administrative process have been exhausted. The importance of this rule in Canadian administrative law is well-demonstrated by the large number of decisions of the Supreme Court of Canada on point: [citations omitted]

[31] Administrative law judgments and textbooks describe this rule in many ways: the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews. All of these express the same concept: absent exceptional circumstances, parties cannot proceed to the court system until the administrative process has run its course. This means that, absent exceptional circumstances, those who are dissatisfied with some matter arising in the ongoing administrative process must pursue all effective remedies that are available within that process; only when the administrative process has finished or when the administrative process affords no effective remedy can they proceed to court. Put another way, absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted.

[32] This prevents fragmentation of the administrative process and piecemeal court proceedings, eliminates the large costs and delays associated with premature forays to court and avoids the waste associated with hearing an interlocutory judicial review when the applicant for judicial review may succeed at the end of the administrative process anyway...

(*Canada (Border Services Agency) v. C.B. Powell Limited*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 at paragraphs 30-32; see also *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, 467 N.R. 201 at paragraphs 30-32.)

[15] As *C.B. Powell* recognizes (at paragraph 33), there are exceptional circumstances where this Court will entertain an application for judicial review of an administrative decision made at the outset of administrative proceedings or during administrative proceedings: for a more complete explanation of what qualifies as exceptional circumstances, see *Wilson*, above at paragraph 33. Many of these exceptional circumstances mirror those where prohibition lies.

[16] On the record before us in this case, the prematurity objection is made out and there are no exceptional circumstances warranting the hearing of this application for judicial review at this time.

[17] After the Board has finally decided upon the applicant's complaint, she may launch an application for judicial review advancing the grounds she raises in this application and any other relevant, admissible grounds.

D. Proposed disposition

[18] Accordingly, I would grant the motion and strike out the application for judicial review. The applicant does not seek its costs and so none shall be granted.

“David Stratas”

J.A.

“I agree
M. Nadon J.A.”

“I agree
C. Michael Ryer J.A.”

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-512-15

STYLE OF CAUSE: MAGDALENA FORNER v. THE
PROFESSIONAL INSTITUTE OF
THE PUBLIC SERVICE OF
CANADA

MOTION DEALT WITH IN WRITING WITHOUT APPEARANCE OF PARTIES

REASONS FOR ORDER BY: STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY: NADON J.A.
RYER J.A.

DATED: FEBRUARY 3, 2016

WRITTEN REPRESENTATIONS BY:

Steven Welchner

FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Welchner Law Office
Professional Corporation
Ottawa, Ontario

FOR THE RESPONDENT

TAB 12

Robert Hryniak *Appellant*

v.

Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Blomberg, Theodore Landkammer, Lloyd Chelli, Stephen Yee, Marvin Clear, Carolyn Clear, Richard Hanna, Douglas Laird, Charles Ivans, Lyn White and Athena Smith *Respondents*

and

Ontario Trial Lawyers Association and Canadian Bar Association *Interveners*

INDEXED AS: HRYNIAK v. MAULDIN

2014 SCC 7

File No.: 34641.

2013: March 26; 2014: January 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Summary judgment — Investors bringing action in civil fraud and subsequently bringing a motion for summary judgment — Motion judge granting summary judgment — Purpose of summary judgment motions — Access to justice — Proportionality — Interpretation of recent amendments to Ontario Rules of Civil Procedure — Trial management orders — Standard of review for summary judgment motions — Whether motion judge erred in granting summary judgment — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rule 20.

In June 2001, two representatives of a group of American investors met with H and others to discuss an investment opportunity. The group wired US\$1.2 million, which was pooled with other funds and transferred to H's company, Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank and the money disappeared. The investors brought an action for

Robert Hryniak *Appelant*

c.

Fred Mauldin, Dan Myers, Robert Blomberg, Theodore Landkammer, Lloyd Chelli, Stephen Yee, Marvin Clear, Carolyn Clear, Richard Hanna, Douglas Laird, Charles Ivans, Lyn White et Athena Smith *Intimés*

et

Ontario Trial Lawyers Association et Association du Barreau canadien *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : HRYNIAK c. MAULDIN

2014 CSC 7

N° du greffe : 34641.

2013 : 26 mars; 2014 : 23 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Procédure civile — Jugement sommaire — Investisseur intentant une action pour fraude civile et présentant ensuite une requête en jugement sommaire — Requête en jugement sommaire accueillie — Objectif des requêtes en jugement sommaire — Accès à la justice — Proportionnalité — Interprétation des modifications récentes apportées aux Règles de procédure civile de l'Ontario — Ordonnances de gestion de l'instance — Norme de contrôle applicable aux requêtes en jugement sommaire — Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en accueillant la requête en jugement sommaire? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 20.

Au mois de juin 2001, deux représentants d'un groupe d'investisseurs américains ont rencontré H et d'autres personnes afin de discuter d'une possibilité d'investissement. Le groupe a viré 1,2 million de dollars américains et cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos, la société de H. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de

civil fraud against H and others and subsequently brought a motion for summary judgment. The motion judge used his powers under Rule 20.04(2.1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* (amended in 2010) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He concluded that a trial was not required against H. Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that H had committed the tort of civil fraud against the investors, and therefore dismissed H's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised. However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. If the process is disproportionate to the nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

A shift in culture is required. The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure. Summary judgment motions provide an opportunity to simplify pre-trial procedures and move the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. Summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

Rule 20 was amended in 2010 to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the

10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. Les investisseurs ont intenté contre H et d'autres personnes une action pour fraude civile et ont ensuite présenté une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête a exercé les pouvoirs que lui confère le par. 20.04(2.1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario (modifiées en 2010) pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité et tirer des conclusions. Il a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance intentée contre H. Bien qu'elle ait conclu que cette affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier étayait la conclusion selon laquelle H avait commis le délit de fraude civile à l'endroit des investisseurs et elle a par conséquent rejeté l'appel de H.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis. Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

Un virage culturel s'impose. Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse. La requête en jugement sommaire offre une possibilité de simplifier les procédures préalables au procès et d'insister moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. Les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

La règle 20 a été modifiée en 2010 afin d'améliorer l'accès à la justice. Ces réformes incarnent l'évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d'outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d'ordre juridique. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête

entire case. The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.

Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial. There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

The new fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04 may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the interest of justice for them to be exercised only at trial. When the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. The power to hear oral evidence should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard. Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge and to provide a description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). Their use will not be against

en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble. Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables.

La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère la règle 20.04 à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès. Lorsqu'il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l'exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l'intérêt de la justice. Le pouvoir d'entendre des témoignages oraux devrait être exercé lorsqu'il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement sommaire comportera l'audition de longs témoignages oraux. La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête et à fournir un exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d'établir la portée de ces témoignages oraux.

Lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire fournit au juge la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l'al. 20.04(2)a) des Règles. S'il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d'un procès,

the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

Failed, or even partially successful, summary judgment motions add to costs and delay. This risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court's inherent jurisdiction. These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge.

Absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law which should not be overturned, absent palpable and overriding error. Similarly, the determination of whether it is in the interest of justice for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

The motion judge did not err in granting summary judgment in the present case. The tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff's actions resulted in a loss. In granting summary judgment to the group against H, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil fraud but his findings are sufficient to make out the cause of action. The motion

le juge devrait alors déterminer si l'exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles permettra d'écarter la nécessité d'un procès. L'exercice de ces pouvoirs ne sera pas contraire à l'intérêt de la justice s'il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d'atteindre les objectifs de célérité, d'accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

Qu'elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l'instance prévus à la règle 20.05. Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent.

En l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit et sa décision ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. De même, la décision quant à savoir s'il est dans l'intérêt de la justice que le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

Le juge saisi de la requête n'a pas eu tort de rendre un jugement sommaire en l'espèce. Le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l'existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte. Lorsqu'il a prononcé contre H un jugement sommaire en faveur du groupe, le juge saisi de la requête n'a pas traité explicitement du critère qu'il convient d'appliquer à la fraude

judge found no credible evidence to support H's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

Cases Cited

Referred to: *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

Statutes and Regulations Cited

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 4.2, 54.1 et seq., 165(4).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)(a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06(a).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, r. 1-3(2).

Authors Cited

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C.: World Justice Project, 2011.
 Ontario. Ministry of the Attorney General. *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations*. Toronto: The Ministry, 2007.
 Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. "Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?," in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto: Thomson Carswell, 2013, 419.

civile mais ses conclusions suffisent pour établir la cause d'action. Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existait pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de H selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire; ainsi le juge a conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371; *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311; *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII); *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Lois et règlements cités

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2, 54.1 et suiv., 165(4).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.04(1), (1.1), 1.05, 20, 20.04(2)a), (2.1), (2.2), 20.05, 20.06a).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règle 1-3(2).

Doctrine et autres documents cités

Agrast, Mark David, Juan Carlos Botero and Alejandro Ponce. *World Justice Project Rule of Law Index 2011*. Washington, D.C. : World Justice Project, 2011.
 Ontario. Ministère du procureur général. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*. Toronto : Le ministère, 2007.
 Walsh, Teresa, and Lauren Posloski. « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013*. Toronto : Thomson Carswell, 2013, 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Winkler C.J.O. and Laskin, Sharpe, Armstrong and Rouleau JJ.A.), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*), affirming a decision of Grace J., 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Appeal dismissed.

Sarit E. Batner, Brandon Kain and Moya J. Graham, for the appellant.

Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson and Jonathan A. Odumeru, for the respondents.

Allan Rouben and Ronald P. Bohm, for the interveners the Ontario Trial Lawyers Association.

Paul R. Sweeny and David Sterns, for the interveners the Canadian Bar Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Ensuring access to justice is the greatest challenge to the rule of law in Canada today. Trials have become increasingly expensive and protracted. Most Canadians cannot afford to sue when they are wronged or defend themselves when they are sued, and cannot afford to go to trial. Without an effective and accessible means of enforcing rights, the rule of law is threatened. Without public adjudication of civil cases, the development of the common law is stunted.

[2] Increasingly, there is recognition that a culture shift is required in order to create an environment promoting timely and affordable access to the civil justice system. This shift entails simplifying pretrial

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Winkler et les juges Laskin, Sharpe, Armstrong et Rouleau), 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, 286 O.A.C. 3, 97 C.C.E.L. (3d) 25, 14 C.P.C. (7th) 242, 13 R.P.R. (5th) 167, 93 B.L.R. (4th) 1, 344 D.L.R. (4th) 193, 10 C.L.R. (4th) 17, [2011] O.J. No. 5431 (QL), 2011 CarswellOnt 13515 (*sub nom. Combined Air Mechanical Services Inc. c. Flesch*), qui a confirmé une décision du juge Grace, 2010 ONSC 5490, [2010] O.J. No. 4661 (QL), 2010 CarswellOnt 8325. Pourvoi rejeté.

Sarit E. Batner, Brandon Kain et Moya J. Graham, pour l'appelant.

Javad Heydary, Jeffrey D. Landmann, David K. Alderson, Michelle Jackson et Jonathan A. Odumeru, pour les intimés.

Allan Rouben et Ronald P. Bohm, pour l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association.

Paul R. Sweeny et David Sterns, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public.

[2] On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que

procedures and moving the emphasis away from the conventional trial in favour of proportional procedures tailored to the needs of the particular case. The balance between procedure and access struck by our justice system must come to reflect modern reality and recognize that new models of adjudication can be fair and just.

[3] Summary judgment motions provide one such opportunity. Following the *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings and Recommendations* (2007) (the Osborne Report), Ontario amended the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (Ontario Rules or Rules) to increase access to justice. This appeal, and its companion, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, address the proper interpretation of the amended Rule 20 (summary judgment motion).

[4] In interpreting these provisions, the Ontario Court of Appeal placed too high a premium on the “full appreciation” of evidence that can be gained at a conventional trial, given that such a trial is not a realistic alternative for most litigants. In my view, a trial is not required if a summary judgment motion can achieve a fair and just adjudication, if it provides a process that allows the judge to make the necessary findings of fact, apply the law to those facts, and is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result than going to trial.

[5] To that end, I conclude that summary judgment rules must be interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims.

[6] As the Court of Appeal observed, the inappropriate use of summary judgment motions creates

l’on simplifie les procédures préalables au procès et que l’on insiste moins sur la tenue d’un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L’équilibre entre la procédure et l’accès à la justice qu’établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.

[3] La requête en vue d’obtenir un jugement sommaire offre une occasion d’atteindre ces objectifs. À la suite du rapport de 2007 intitulé *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (le rapport Osborne), l’Ontario a modifié ses *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194 (les *Règles* de l’Ontario ou les *Règles*) afin d’améliorer l’accès à la justice. Le présent pourvoi et le pourvoi connexe, *Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak*, 2014 CSC 8, [2014] 1 R.C.S. 126, portent sur l’interprétation correcte de la règle 20 (requête en jugement sommaire) modifiée.

[4] Lorsqu’elle a interprété les dispositions de cette règle, la Cour d’appel de l’Ontario a accordé trop d’importance à la « pleine appréciation » que l’on peut faire de la preuve lors d’un procès conventionnel, étant donné que pareil procès ne constitue pas une solution de rechange réaliste pour la plupart des parties à un litige. À mon avis, la tenue d’un procès n’est pas nécessaire si une requête en jugement sommaire peut déboucher sur une décision juste et équitable, si elle offre un processus qui permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, d’appliquer les règles de droit à ces faits et si elle constitue, par rapport au procès, un moyen proportionné, plus expéditif et moins onéreux d’arriver à un résultat juste.

[5] Je conclus à cette fin que les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l’accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes.

[6] Comme l’a indiqué la Cour d’appel, le recours inapproprié à la requête en jugement sommaire

its own costs and delays. However, judges can mitigate such risks by making use of their powers to manage and focus the process and, where possible, remain seized of the proceedings.

[7] While I differ in part on the interpretation of Rule 20, I agree with the Court of Appeal's disposition of the matter and would dismiss the appeal.

I. Facts

[8] More than a decade ago, a group of American investors, led by Fred Mauldin (the Mauldin Group), placed their money in the hands of Canadian "traders". Robert Hryniak was the principal of the company Tropos Capital Inc., which traded in bonds and debt instruments; Gregory Peebles, is a corporate-commercial lawyer (formerly of Cassels Brock & Blackwell) who acted for Hryniak, Tropos and Robert Cranston, formerly a principal of a Panamanian company, Frontline Investments Inc.

[9] In June 2001, two members of the Mauldin Group met with Cranston, Peebles, and Hryniak, to discuss an investment opportunity.

[10] At the end of June 2001, the Mauldin Group wired US\$1.2 million to Cassels Brock, which was pooled with other funds and transferred to Tropos. A few months later, Tropos forwarded more than US\$10 million to an offshore bank, and the money disappeared. Hryniak claims that at this point, Tropos' funds, including the funds contributed by the Mauldin Group, were stolen.

[11] Beyond a small payment of US\$9,600 in February 2002, the Mauldin Group lost its investment.

occasionne lui-même des frais et des délais. Or, le juge peut atténuer ces risques en exerçant ses pouvoirs de gérer et de circonscrire la procédure et, si possible, en demeurant saisi de l'instance.

[7] Bien que mon interprétation de la règle 20 diffère en partie de celle de la Cour d'appel, je souscris à sa décision en l'espèce et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Les faits

[8] Il y a plus de 10 ans, un groupe d'investisseurs américains, dirigé par Fred Mauldin (le Groupe Mauldin), ont confié leur argent à des « courtiers » canadiens. Robert Hryniak était le dirigeant de la société Tropos Capital Inc., qui faisait le commerce des obligations et des titres de créance; Gregory Peebles, un avocat spécialisé en droit des sociétés et en droit commercial (ancien avocat du cabinet Cassels Brock & Blackwell), représentait M. Hryniak, Tropos et Robert Cranston, l'ancien dirigeant d'une société panaméenne, Frontline Investments Inc.

[9] Au mois de juin 2001, deux membres du Groupe Mauldin ont rencontré MM. Cranston, Peebles et Hryniak pour discuter d'une possibilité d'investissement.

[10] À la fin juin 2001, le Groupe Mauldin a viré 1,2 million de dollars américains à Cassels Brock; cette somme a été mise en commun avec d'autres fonds et transférée à Tropos. Quelques mois plus tard, Tropos a transféré plus de 10 millions de dollars américains à une banque étrangère et l'argent a disparu. M. Hryniak soutient qu'à ce stade, les fonds appartenant à Tropos, y compris ceux versés par le Groupe Mauldin, ont été dérobés.

[11] À part un paiement modique de 9 600 dollars américains versé en février 2002, le Groupe Mauldin a perdu son placement.

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] The Mauldin Group joined with Bruno Appliance and Furniture, Inc. (the appellants in the companion appeal) in an action for civil fraud against Hryniak, Peebles and Cassels Brock. They brought motions for summary judgment, which were heard together.

[13] In hearing the motions, the judge used his powers under the new Rule 20.04(2.1) to weigh the evidence, evaluate credibility, and draw inferences. He found that the Mauldin Group's money was disbursed by Cassels Brock to Hryniak's company, Tropos, but that there was no evidence to suggest that Tropos had ever set up a trading program. Contrary to the investment strategy that Hryniak had described to the investors, the Mauldin Group's money was placed in an account with the offshore New Savings Bank, and then disappeared. He rejected Hryniak's claim that members of the New Savings Bank had stolen the Mauldin Group's money.

[14] The motion judge concluded that a trial was not required against Hryniak. However, he dismissed the Mauldin Group's motion for summary judgment against Peebles, because that claim involved factual issues, particularly with respect to Peebles' credibility and involvement in a key meeting, which required a trial. Consequently, he also dismissed the motion for summary judgment against Cassels Brock, as those claims were based on the theory that the firm was vicariously liable for Peebles' conduct.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2010 ONSC 5490 (CanLII)*

[12] Le Groupe Mauldin s'est joint à Bruno Appliance and Furniture, Inc. (l'appelante dans le pourvoi connexe) en vue d'intenter une action pour fraude civile contre M. Hryniak, M. Peebles et Cassels Brock. Ils ont présenté des requêtes en jugement sommaire qui ont été instruites ensemble.

[13] Lors de l'audition des requêtes, le juge a exercé les pouvoirs que lui confère le nouveau par. 20.04(2.1) des Règles pour apprécier la preuve, évaluer la crédibilité des témoins et tirer des conclusions de la preuve. Il a conclu que les fonds du Groupe Mauldin avaient été versés par Cassels Brock à la société de M. Hryniak, Tropos, mais qu'aucune preuve ne tendait à démontrer que Tropos ait jamais établi un programme de transaction de titres. Contrairement à la stratégie de placement que M. Hryniak avait présentée aux investisseurs, les fonds du Groupe Mauldin ont été placés dans un compte ouvert à une banque étrangère, la New Savings Bank, pour ensuite disparaître. Le juge a rejeté la prétention de M. Hryniak que des employés de la New Savings Bank avaient dérobé les fonds du Groupe Mauldin.

[14] Le juge saisi de la requête a conclu que la tenue d'un procès n'était pas nécessaire dans l'instance à l'égard de M. Hryniak. Toutefois, il a rejeté la requête du Groupe Mauldin visant à obtenir un jugement sommaire contre M. Peebles parce que cette demande soulevait des questions de fait, particulièrement en ce qui concerne la crédibilité de M. Peebles et sa participation à une réunion importante, questions qui nécessitaient la tenue d'un procès. Par conséquent, il a rejeté également la requête visant à obtenir un jugement sommaire contre Cassels Brock, puisque les demandes en cause reposaient sur la thèse selon laquelle ce cabinet était responsable du fait d'autrui pour la conduite de M. Peebles.

B. *Court of Appeal for Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[15] The Court of Appeal simultaneously heard Hryniak’s appeal of this matter, the companion *Bruno Appliance* appeal, and three other matters which are not before this Court. This was the first occasion on which the Court of Appeal considered the new Rule 20.

[16] The Court of Appeal set out a threshold test for when a motion judge could employ the new evidentiary powers available under Rule 20.04(2.1) to grant summary judgment under Rule 20.04(2)(a). Under this test, the “interest of justice” requires that the new powers be exercised only at trial, unless a motion judge can achieve the “full appreciation” of the evidence and issues required to make dispositive findings on a motion for summary judgment. The motion judge should assess whether the benefits of the trial process, including the opportunity to hear and observe witnesses, to have the evidence presented by way of a trial narrative, and to experience the fact-finding process first-hand, are necessary to fully appreciate the evidence in the case.

[17] The Court of Appeal suggested that cases requiring multiple factual findings, based on conflicting evidence from a number of witnesses, and involving an extensive record, are generally not fit for determination in this manner. Conversely, cases driven by documents, with few witnesses, and limited contentious factual issues are appropriate candidates for summary judgment.

[18] The Court of Appeal advised motion judges to make use of the power to hear oral evidence, under Rule 20.04(2.2), to hear only from a limited number of witnesses on discrete issues that are determinative of the case.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1*

[15] La Cour d’appel a entendu en même temps l’appel interjeté par M. Hryniak, l’appel connexe contre Bruno Appliance et trois autres affaires dont notre Cour n’est pas saisie. C’était la première occasion pour la Cour d’appel d’examiner la nouvelle règle 20.

[16] La Cour d’appel a énoncé un critère préliminaire applicable pour déterminer dans quelles circonstances un juge saisi d’une requête peut exercer les nouveaux pouvoirs en matière de preuve prévus au par. 20.04(2.1) des Règles pour rendre un jugement sommaire en vertu de l’al. 20.04(2)a). Selon ce critère, « l’intérêt de la justice » exige que les nouveaux pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès, sauf si un juge saisi d’une requête peut procéder à la « pleine appréciation » de la preuve et des questions en litige qui s’impose pour tirer des conclusions décisives sur une requête en jugement sommaire. Le juge saisi de la requête doit déterminer si les avantages qu’offre la tenue d’un procès, notamment la possibilité d’entendre et d’observer les témoins, de faire présenter les éléments de preuve sous forme de récit et de participer soi-même à la recherche des faits, sont nécessaires pour apprécier pleinement la preuve au dossier.

[17] Selon la Cour d’appel, il ne convient pas en général de trancher de cette manière les affaires qui exigent du tribunal qu’il tire de multiples conclusions de fait, dans lesquelles plusieurs témoins ont fait des dépositions contradictoires et dont le dossier est volumineux. À l’inverse, les affaires qui se prêtent bien au jugement sommaire sont celles dans lesquelles les documents occupent une place prépondérante; il y a peu de témoins et les questions de fait litigieuses sont limitées.

[18] La Cour d’appel a conseillé aux juges saisis d’une requête d’exercer le pouvoir d’entendre des témoignages oraux, aux termes du par. 20.04(2.2) des Règles, et de n’entendre qu’un nombre restreint de témoins sur des questions distinctes qui sont déterminantes pour l’issue de l’affaire.

[19] The Court of Appeal concluded that, given its factual complexity and voluminous record, the Mauldin Group's action was the type of action for which a trial is generally required. There were numerous witnesses, various theories of liability against multiple defendants, serious credibility issues, and an absence of reliable documentary evidence. Moreover, since Hryniak and Peebles had cross-claimed against each other and a trial would nonetheless be required against the other defendants, summary judgment would not serve the values of better access to justice, proportionality, and cost savings.

[20] Despite concluding that this case was not an appropriate candidate for summary judgment, the Court of Appeal was satisfied that the record supported the finding that Hryniak had committed the tort of civil fraud against the Mauldin Group, and therefore dismissed Hryniak's appeal.

III. Outline

[21] In determining the general principles to be followed with respect to summary judgment, I will begin with the values underlying timely, affordable and fair access to justice. Next, I will turn to the role of summary judgment motions generally and the interpretation of Rule 20 in particular. I will then address specific judicial tools for managing the risks of summary judgment motions.

[22] Finally, I will consider the appropriate standard of review and whether summary judgment should have been granted to the respondents.

IV. Analysis

A. *Access to Civil Justice: A Necessary Culture Shift*

[23] This appeal concerns the values and choices underlying our civil justice system, and the ability

[19] La Cour d'appel a conclu que l'action intentée par le Groupe Mauldin était du type de celles qui nécessitent généralement la tenue d'un procès, compte tenu de la complexité des faits en cause et de son dossier volumineux. L'action exigeait l'audition de nombreux témoins, l'examen de plusieurs thèses relatives à la responsabilité de multiples défendeurs, l'examen de questions importantes de crédibilité et il n'y avait pas d'éléments de preuve documentaire fiables. De plus, puisque MM. Hryniak et Peebles avaient présenté des demandes entre défendeurs et qu'un procès serait néanmoins nécessaire contre les autres défendeurs, le jugement sommaire ne favoriserait pas le principe d'un meilleur accès à la justice, la proportionnalité et les économies.

[20] Bien qu'elle ait conclu que la présente affaire ne se prêtait pas à un jugement sommaire, la Cour d'appel était convaincue que le dossier étayait la conclusion selon laquelle M. Hryniak avait commis le délit de fraude civile à l'endroit du Groupe Mauldin et elle a par conséquent rejeté l'appel de M. Hryniak.

III. Aperçu

[21] Pour établir les principes généraux applicables en matière de jugement sommaire, je me pencherai d'abord sur les valeurs qui sous-tendent l'accès expéditif, abordable et équitable à la justice. J'examinerai ensuite de façon générale le rôle de la requête en jugement sommaire et, plus particulièrement, l'interprétation de la règle 20. J'examinerai alors les outils judiciaires précis de gestion des risques posés par la requête en jugement sommaire.

[22] Enfin, j'examinerai la norme de contrôle applicable et la question de savoir s'il y avait lieu de rendre un jugement sommaire en faveur des intimés.

IV. Analyse

A. *Accès au système de justice civile : un virage culturel nécessaire*

[23] Le présent pourvoi traite des valeurs et des choix à la base de notre système de justice

of ordinary Canadians to access that justice. Our civil justice system is premised upon the value that the process of adjudication must be fair and just. This cannot be compromised.

[24] However, undue process and protracted trials, with unnecessary expense and delay, can prevent the fair and just resolution of disputes. The full trial has become largely illusory because, except where government funding is available,¹ ordinary Canadians cannot afford to access the adjudication of civil disputes.² The cost and delay associated with the traditional process means that, as counsel for the intervenor the Advocates' Society (in *Bruno Appliance*) stated at the hearing of this appeal, the trial process denies ordinary people the opportunity to have adjudication. And while going to trial has long been seen as a last resort, other dispute resolution mechanisms such as mediation and settlement are more likely to produce fair and just results when adjudication remains a realistic alternative.

[25] Prompt judicial resolution of legal disputes allows individuals to get on with their lives. But, when court costs and delays become too great,

1 For instance, state funding is available in the child welfare context under *G. (J.)* orders even where legal aid is not available (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46), or for cases involving certain minority rights (see the Language Rights Support Program).

2 In M. D. Agrast, J. C. Botero and A. Ponce, the 2011 *Rule of Law Index*, published by the World Justice Project, Canada ranked 9th among 12 European and North American countries in access to justice. Although Canada scored among the top 10 countries in the world in four rule of law categories (limited government powers, order and security, open government, and effective criminal justice), its lowest scores were in access to civil justice. This ranking is "partially explained by shortcomings in the affordability of legal advice and representation, and the lengthy duration of civil cases" (p. 23).

civile, ainsi que de la faculté, pour les Canadiens ordinaires, d'avoir accès à ce système. Notre système de justice civile repose sur le principe que le processus décisionnel doit être juste et équitable. Ce principe ne souffre aucun compromis.

[24] Or, les formalités excessives et les procès interminables occasionnant des dépenses et des délais inutiles peuvent faire obstacle au règlement juste et équitable des litiges. La tenue d'un procès complet est devenue largement illusoire parce que, sans une contribution financière de l'État¹, les Canadiens ordinaires n'ont pas les moyens d'avoir accès au règlement judiciaire des litiges civils². Les coûts et les délais associés au processus traditionnel font en sorte que, comme l'a mentionné l'avocat de l'intervenante Advocates' Society (dans *Bruno Appliance*) à l'audition du présent pourvoi, le procès prive les gens ordinaires de la possibilité de faire trancher le litige. Alors que l'instruction d'une action en justice est depuis longtemps considérée comme une mesure de dernier recours, d'autres mécanismes de règlement des litiges, comme la médiation et la transaction, sont davantage susceptibles de donner des résultats justes et équitables lorsque la décision judiciaire demeure une solution de rechange réaliste.

[25] Le règlement expéditif des litiges par les tribunaux permet aux personnes concernées d'aller de l'avant. Toutefois, lorsque les coûts et les délais

1 Par exemple, l'État peut accorder des fonds dans des cas de protection de l'enfance à la suite d'ordonnances fondées sur l'arrêt *G. (J.)* même lorsque l'aide juridique n'est pas offerte (voir *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46), ou encore dans des cas où certains droits des minorités sont en jeu (voir le Programme d'appui aux droits linguistiques).

2 Dans l'édition de 2011 du *Rule of Law Index* de M. D. Agrast, J. C. Botero et A. Ponce, publié par le World Justice Project, le Canada se classait au 9^e rang parmi 12 pays de l'Europe et de l'Amérique du Nord au chapitre de l'accès à la justice. Bien que le Canada se soit classé parmi les 10 premiers pays au monde dans quatre catégories liées à la primauté du droit (pouvoirs limités du gouvernement, maintien de l'ordre et de la sécurité, transparence du gouvernement et système de justice pénale efficace), il a enregistré ses résultats les plus faibles dans la catégorie de l'accès au système de justice civile. Ce classement [TRADUCTION] « s'explique en partie par les failles relevées dans l'accessibilité économique des conseils juridiques et des services de représentation ainsi que par la longue durée des instances civiles » (p. 23).

people look for alternatives or simply give up on justice. Sometimes, they choose to represent themselves, often creating further problems due to their lack of familiarity with the law.

[26] In some circles, private arbitration is increasingly seen as an alternative to a slow judicial process. But private arbitration is not the solution since, without an accessible public forum for the adjudication of disputes, the rule of law is threatened and the development of the common law undermined.

[27] There is growing support for alternative adjudication of disputes and a developing consensus that the traditional balance struck by extensive pre-trial processes and the conventional trial no longer reflects the modern reality and needs to be re-adjusted. A proper balance requires simplified and proportionate procedures for adjudication, and impacts the role of counsel and judges. This balance must recognize that a process can be fair and just, without the expense and delay of a trial, and that alternative models of adjudication are no less legitimate than the conventional trial.

[28] This requires a shift in culture. The principal goal remains the same: a fair process that results in a just adjudication of disputes. A fair and just process must permit a judge to find the facts necessary to resolve the dispute and to apply the relevant legal principles to the facts as found. However, that process is illusory unless it is also accessible — proportionate, timely and affordable. The proportionality principle means that the best forum for resolving a dispute is not always that with the most painstaking procedure.

[29] There is, of course, always some tension between accessibility and the truth-seeking function but, much as one would not expect a jury trial over a contested parking ticket, the procedures used to adjudicate civil disputes must fit the nature of the claim. If the process is disproportionate to the

judiciaires deviennent excessifs, les gens cherchent d'autres solutions ou renoncent tout simplement à obtenir justice. Ils décident parfois de se représenter eux-mêmes, ce qui entraîne souvent d'autres difficultés en raison de leur méconnaissance du droit.

[26] Dans certains milieux, l'arbitrage privé est de plus en plus considéré comme une solution de rechange à un processus judiciaire lent. Or, ce n'est pas la solution : en l'absence d'un forum public accessible pour faire trancher les litiges, la primauté du droit est compromise et l'évolution de la common law, freinée.

[27] Les solutions de rechange au règlement des différents recueillent de plus en plus d'appuis et il se dégage un consensus sur le fait que l'équilibre traditionnel entre les longues procédures préalables au procès et le procès conventionnel ne correspond plus à la réalité actuelle et doit être rajusté. L'atteinte d'un juste équilibre exige la mise en place de procédures de règlement des litiges simplifiées et proportionnées, et influe sur le rôle des avocats et des juges. Il faut reconnaître par cet équilibre qu'un processus peut être juste et équitable sans entraîner les dépenses et les délais propres au procès, et que les autres modèles de règlement des litiges sont aussi légitimes que le procès conventionnel.

[28] Un virage culturel s'impose. L'objectif principal demeure le même : une procédure équitable qui aboutit au règlement juste des litiges. Une procédure juste et équitable doit permettre au juge de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis. Or, cette procédure reste illusoire si elle n'est pas également accessible — soit proportionnée, expéditive et abordable. Le principe de la proportionnalité veut que le meilleur forum pour régler un litige ne soit pas toujours celui dont la procédure est la plus laborieuse.

[29] De toute évidence, il existe toujours un certain tiraillement entre l'accessibilité et la fonction de recherche de la vérité, mais, tout comme l'on ne s'attend pas à la tenue d'un procès avec jury dans le cas d'une contravention de stationnement contestée, les procédures en place pour trancher des

nature of the dispute and the interests involved, then it will not achieve a fair and just result.

[30] The proportionality principle is now reflected in many of the provinces' rules and can act as a touchstone for access to civil justice.³ For example, Ontario Rules 1.04(1) and (1.1) provide:

1.04 (1) These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

(1.1) In applying these rules, the court shall make orders and give directions that are proportionate to the importance and complexity of the issues, and to the amount involved, in the proceeding.

[31] Even where proportionality is not specifically codified, applying rules of court that involve discretion “includes . . . an underlying principle of proportionality which means taking account of the appropriateness of the procedure, its cost and impact on the litigation, and its timeliness, given the nature and complexity of the litigation”: *Szeto v. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, at para. 53.

[32] This culture shift requires judges to actively manage the legal process in line with the principle of proportionality. While summary judgment motions can save time and resources, like most pre-trial procedures, they can also slow down the proceedings if used inappropriately. While judges can and should play a role in controlling such risks,

³ This principle has been expressly codified in British Columbia, Ontario, and Quebec: *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, Rule 1-3(2); *Ontario Rules*, Rule 1.04(1.1); and *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, art. 4.2. Aspects of Alberta's and Nova Scotia's rules of court have also been interpreted as reflecting proportionality: *Medicine Shoppe Canada Inc. v. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, at para. 11; *Saturley v. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, at para. 12.

litiges civils doivent être adaptées à la nature de la demande. Si la procédure est disproportionnée par rapport à la nature du litige et aux intérêts en jeu, elle n'aboutira pas à un résultat juste et équitable.

[30] Le principe de la proportionnalité trouve aujourd'hui son expression dans les règles de procédure de nombreuses provinces et peut constituer la pierre d'assise de l'accès au système de justice civile³. Par exemple, les par. 1.04(1) et (1.1) des *Règles* de l'Ontario prévoient ce qui suit :

1.04 (1) Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

(1.1) Lorsqu'il applique les présentes règles, le tribunal rend des ordonnances et donne des directives qui sont proportionnées à l'importance et au degré de complexité des questions en litige ainsi qu'au montant en jeu dans l'instance.

[31] Même si la proportionnalité n'est pas expressément codifiée, l'application de règles de procédure qui font intervenir un pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « englobe [. . .] un principe sous-jacent de proportionnalité, selon lequel il faut tenir compte de l'opportunité de la procédure, de son coût, de son incidence sur le litige et de sa célérité, selon la nature et la complexité du litige » : *Szeto c. Dwyer*, 2010 NLCA 36, 297 Nfld. & P.E.I.R. 311, par. 53.

[32] Ce virage culturel oblige les juges à gérer activement le processus judiciaire dans le respect du principe de la proportionnalité. La requête en jugement sommaire peut permettre d'économiser temps et ressources, mais, à l'instar de la plupart des procédures préalables au procès, elle peut ralentir l'instance si elle est utilisée de manière

³ Ce principe a été expressément codifié en Colombie-Britannique, en Ontario et au Québec : *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 1-3(2); *Règles* de l'Ontario, par. 1.04(1.1); et *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, art. 4.2. Certaines dispositions des règles de procédure de l'Alberta et de la Nouvelle-Écosse ont également été considérées comme illustrant la proportionnalité : *Medicine Shoppe Canada Inc. c. Devchand*, 2012 ABQB 375, 541 A.R. 312, par. 11; *Saturley c. CIBC World Markets Inc.*, 2011 NSSC 4, 297 N.S.R. (2d) 371, par. 12.

counsel must, in accordance with the traditions of their profession, act in a way that facilitates rather than frustrates access to justice. Lawyers should consider their client's limited means and the nature of their case and fashion proportionate means to achieve a fair and just result.

[33] A complex claim may involve an extensive record and a significant commitment of time and expense. However, proportionality is inevitably comparative; even slow and expensive procedures can be proportionate when they are the fastest and most efficient alternative. The question is whether the added expense and delay of fact finding at trial is necessary to a fair process and just adjudication.

B. *Summary Judgment Motions*

[34] The summary judgment motion is an important tool for enhancing access to justice because it can provide a cheaper, faster alternative to a full trial. With the exception of Quebec, all provinces feature a summary judgment mechanism in their respective rules of civil procedure.⁴ Generally, summary judgment is available where there is no genuine issue for trial.

[35] Rule 20 is Ontario's summary judgment procedure, under which a party may move for summary judgment to grant or dismiss all or part of a claim. While Ontario's Rule 20 in some ways goes further than other rules throughout the country, the values

⁴ Quebec has a procedural device for disposing of abusive claims summarily: see arts. 54.1 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*. While this procedural device is narrower on its face, it has been likened to summary judgment: see *Bal Global Finance Canada Corp. v. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). Moreover, s. 165(4) of the *Code* provides that the defendant may ask for an action to be dismissed if the suit is "unfounded in law".

inappropriée. Bien que les juges puissent contribuer à la réduction de ce risque, et devraient le faire, les avocats doivent, conformément aux traditions de leur profession, agir de manière à faciliter plutôt qu'à empêcher l'accès à la justice. Ils devraient ainsi tenir compte des moyens limités de leurs clients et de la nature de leur dossier et élaborer des moyens proportionnés d'arriver à un résultat juste et équitable.

[33] Une demande complexe peut comporter un dossier volumineux et exiger un investissement important en temps et en argent. Toutefois, la proportionnalité est forcément de nature comparative; même les procédures lentes et coûteuses peuvent s'avérer proportionnées lorsqu'elles constituent la solution la plus rapide et la plus efficace. La question est de savoir si les frais et les délais additionnels occasionnés par la recherche des faits lors du procès sont essentiels à un processus décisionnel juste et équitable.

B. *Requêtes en jugement sommaire*

[34] La requête en jugement sommaire constitue un outil important pour faciliter l'accès à la justice parce qu'elle peut offrir une solution de rechange au procès complet plus abordable et plus rapide que celui-ci. À l'exception du Québec, toutes les provinces prévoient dans leurs règles de procédure civile respectives des dispositions relatives au jugement sommaire⁴. En règle générale, le tribunal peut rendre un jugement sommaire si aucune véritable question litigieuse ne requiert un procès.

[35] La règle 20 énonce la procédure de jugement sommaire à suivre en Ontario; une partie peut demander, par voie de requête, un jugement sommaire accueillant ou rejetant en totalité ou en partie la demande. Bien que la règle 20 de l'Ontario

⁴ Le Québec dispose d'un mécanisme procédural pour écarter sommairement les demandes abusives : voir les art. 54.1 et suiv. du *Code de procédure civile*. Bien qu'il ait une portée plus circonscrite à première vue, ce mécanisme a été assimilé au jugement sommaire : voir *Bal Global Finance Canada Corp. c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2010 QCCS 325 (CanLII). De plus, selon le par. 165(4) du *Code*, le défendeur peut solliciter le rejet de l'action si la demande « n'est pas fondée en droit ».

and principles underlying its interpretation are of general application.

[36] Rule 20 was amended in 2010, following the recommendations of the Osborne Report, to improve access to justice. These reforms embody the evolution of summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes.

[37] Early summary judgment rules were quite limited in scope and were available only to plaintiffs with claims based on debt or liquidated damages, where no real defence existed.⁵ Summary judgment existed to avoid the waste of a full trial in a clear case.

[38] In 1985, the then new Rule 20 extended the availability of summary judgement to both plaintiffs and defendants and broadened the scope of cases that could be disposed of on such a motion. The rules were initially interpreted expansively, in line with the purposes of the rule changes.⁶ However, appellate jurisprudence limited the powers of judges and effectively narrowed the purpose of motions for summary judgment to merely ensuring that: “claims that have no chance of success [are] weeded out at an early stage”.⁷

aille en quelque sorte plus loin que d’autres règles applicables ailleurs au pays, les valeurs et les principes sur lesquels repose son interprétation sont d’application générale.

[36] Afin d’améliorer l’accès à la justice, la règle 20 a été modifiée en 2010 suivant les recommandations formulées dans le rapport Osborne. Ces réformes incarnent l’évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d’outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d’ordre juridique.

[37] Les premières règles régissant les jugements sommaires avaient une portée assez limitée et seul pouvait y avoir recours le demandeur dont la réclamation visait une créance ou des dommages-intérêts conventionnels et à laquelle aucune véritable défense ne pouvait être opposée⁵. La procédure de jugement sommaire avait pour raison d’être de prévenir le recours injustifié au procès complet dans un cas manifeste.

[38] En 1985, ce qui était alors la nouvelle règle 20 a permis tant au demandeur qu’au défendeur de solliciter un jugement sommaire et a élargi l’éventail des affaires pouvant être tranchées sur requête en ce sens. Au départ, les dispositions de cette règle étaient interprétées libéralement, en conformité avec l’objet des modifications apportées à la règle⁶. Toutefois, les cours d’appel ont limité les pouvoirs des juges et circonscrit en fait l’objet des requêtes en jugement sommaire pour simplement faire en sorte que « les demandes qui n’ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus »⁷.

5 For a thorough review of the history of summary judgment in Ontario, see T. Walsh and L. Posloski, “Establishing a Workable Test for Summary Judgment: Are We There Yet?”, in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, at pp. 422-32.

6 Walsh and Posloski, at p. 426; for example, see *Vaughan v. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

7 *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 10.

5 Pour un examen approfondi de l’historique du jugement sommaire en Ontario, voir T. Walsh et L. Posloski, « Establishing a Workable Test for Summary Judgment : Are We There Yet? », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation 2013* (2013), 419, p. 422-432.

6 Walsh et Posloski, p. 426; voir, p. ex., *Vaughan c. Warner Communications, Inc.* (1986), 56 O.R. (2d) 242 (H.C.J.).

7 *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 10.

[39] The Ontario Government commissioned former Ontario Associate Chief Justice Coulter Osborne, Q.C., to consider reforms to make the Ontario civil justice system more accessible and affordable, leading to the report of the Civil Justice Reform Project. The Osborne Report concluded that few summary judgment motions were being brought and, if the summary judgment rule was to work as intended, the appellate jurisprudence that had narrowed the scope and utility of the rule had to be reversed (p. 35). Among other things, it recommended that summary judgment be made more widely available, that judges be given the power to weigh evidence on summary judgment motions, and that judges be given discretion to direct that oral evidence be presented (pp. 35-36).

[40] The report also recommended the adoption of a summary trial procedure similar to that employed in British Columbia (p. 37). This particular recommendation was not adopted, and the legislature made the choice to maintain summary judgment as the accessible procedure.

[41] Many of the Osborne Report's recommendations were taken up and implemented in 2010. As noted above, the amendments codify the proportionality principle and provide for efficient adjudication when a conventional trial is not required. They offer significant new tools to judges, which allow them to adjudicate more cases through summary judgment motions and attenuate the risks when such motions do not resolve the entire case.

[42] Rule 20.04 now reads in part:⁸

20.04 . . .

(2) [General] The court shall grant summary judgment if,

[39] Le gouvernement de l'Ontario a demandé à l'ancien juge en chef adjoint de l'Ontario, M. Coulter Osborne, c.r., d'envisager des réformes pour rendre le système de justice civile ontarien plus accessible et abordable, ce qui a mené au rapport du Projet de réforme du système de justice civile. Le rapport Osborne conclut que peu de requêtes en jugement sommaire ont été présentées et que si la règle du jugement sommaire devait donner les résultats escomptés, il fallait infirmer les arrêts des cours d'appel qui en avaient restreint la portée et l'utilité (p. 35). L'auteur du rapport recommande entre autres choses que l'on rende plus accessible le recours à la procédure de jugement sommaire, que l'on accorde au juge saisi d'une requête en jugement sommaire le pouvoir d'apprécier la preuve, et que l'on confère au juge le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux (p. 35-36).

[40] L'auteur du rapport recommande également l'adoption d'une procédure de procès sommaire semblable à celle appliquée en Colombie-Britannique (p. 37). Cette recommandation particulière n'a pas été adoptée et le législateur a choisi de maintenir la procédure de jugement sommaire comme procédure accessible.

[41] Bon nombre des recommandations du rapport Osborne ont été adoptées et mises en œuvre en 2010. Comme je l'ai déjà mentionné, ces modifications codifient le principe de la proportionnalité et prévoient un processus décisionnel efficace dans les cas où la tenue d'un procès conventionnel n'est pas nécessaire. Les juges disposent ainsi de nouveaux outils importants qui leur permettent de trancher plus de litiges sur requête en jugement sommaire et qui atténuent les risques lorsque pareille requête ne permet pas de trancher l'affaire dans son ensemble.

[42] Aujourd'hui, la règle 20.04 prévoit notamment ce qui suit⁸ :

20.04 . . .

(2) [Dispositions générales] Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

⁸ The full text of Rule 20 is attached as an Appendix.

⁸ Le texte intégral de la règle 20 figure en annexe.

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

[43] The Ontario amendments changed the test for summary judgment from asking whether the case presents “a genuine issue for trial” to asking whether there is a “genuine issue requiring a trial”. The new rule, with its enhanced fact-finding powers, demonstrates that a trial is not the default procedure. Further, it eliminated the presumption of substantial indemnity costs against a party that brought an unsuccessful motion for summary judgment, in order to avoid deterring the use of the procedure.

- a) il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction;
- b) il est convaincu qu’il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d’accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu’il décide, aux termes de l’alinéa (2)a), s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l’un ou l’autre des pouvoirs suivants, à moins qu’il ne soit dans l’intérêt de la justice de ne les exercer que lors d’un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d’un dépositant.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d’exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

[43] Les modifications apportées en Ontario ont eu pour effet de modifier le critère applicable aux jugements sommaires en remplaçant la question de savoir si la cause ne « soulève pas de question litigieuse » par celle de savoir si la cause soulève une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction ». Il appert de la nouvelle règle, qui prévoit des pouvoirs accrus en matière de recherche des faits, que la tenue d’un procès ne constitue pas la procédure par défaut. En outre, afin de ne pas dissuader les parties de recourir à cette procédure, la nouvelle règle a eu pour effet de supprimer la présomption suivant laquelle l’auteur de la requête débouté devait être condamné aux dépens d’indemnisation substantielle.

[44] The new powers in Rules 20.04(2.1) and (2.2) expand the number of cases in which there will be no genuine issue requiring a trial by permitting motion judges to weigh evidence, evaluate credibility and draw reasonable inferences.⁹

[45] These new fact-finding powers are discretionary and are presumptively available; they may be exercised *unless* it is in the interest of justice for them to be exercised only at a trial; Rule 20.04(2.1). Thus, the amendments are designed to transform Rule 20 from a means to weed out unmeritorious claims to a significant alternative model of adjudication.

[46] I will first consider when summary judgment can be granted on the basis that there is “no genuine issue requiring a trial” (Rule 20.04(2)(a)). Second, I will discuss when it is against the “interest of justice” for the new fact-finding powers in Rule 20.04(2.1) to be used on a summary judgment motion. Third, I will consider the power to call oral evidence and, finally, I will lay out the process to be followed on a motion for summary judgment.

(1) When Is There No Genuine Issue Requiring a Trial?

[47] Summary judgment motions must be granted whenever there is no genuine issue requiring a trial (Rule 20.04(2)(a)). In outlining how to determine

⁹ As fully canvassed by the Court of Appeal, the powers in Rule 20.04(2.1) were designed specifically to overrule a number of long-standing appellate decisions that had dramatically restricted the use of the rule; *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.).

[44] Les nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles augmentent le nombre d'affaires qui ne soulèvent pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès en permettant au juge saisi d'une requête d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité et de tirer des conclusions raisonnables⁹.

[45] Ces nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits ont un caractère discrétionnaire et sont présumés pouvoir être exercés; ils peuvent l'être *à moins* qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès; par. 20.04(2.1) des Règles. Par conséquent, les modifications font en sorte que la règle 20 ne soit plus seulement un moyen d'écarter des demandes sans fondement mais qu'elle devienne un important modèle de rechange pour les décisions.

[46] Premièrement, j'examinerai les circonstances où le tribunal peut rendre un jugement sommaire en raison de l'absence de « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction » (al. 20.04(2)a) des Règles). Deuxièmement, j'examinerai les circonstances dans lesquelles il est contraire à « l'intérêt de la justice » d'exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles lors de l'audition d'une requête en jugement sommaire. Troisièmement, j'examinerai le pouvoir d'ordonner la présentation de témoignages oraux et, enfin, j'énoncerai la procédure à suivre dans le cas d'une requête en jugement sommaire.

(1) Dans quels cas n'y a-t-il aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès?

[47] La requête en jugement sommaire doit être accueillie dans tous les cas où il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue

⁹ Comme l'a expliqué en détail la Cour d'appel, les pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles visaient explicitement à infirmer plusieurs arrêts de longue date des cours d'appel qui avaient restreint considérablement le recours à la règle; *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.* (1998), 38 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.).

whether there is such an issue, I focus on the goals and principles that underlie whether to grant motions for summary judgment. Such an approach allows the application of the rule to evolve organically, lest categories of cases be taken as rules or preconditions which may hinder the system's transformation by discouraging the use of summary judgment.

[48] The Court of Appeal did not explicitly focus upon when there is a genuine issue requiring a trial. However, in considering whether it is against the interest of justice to use the new fact-finding powers, the court suggested that summary judgment would most often be appropriate when cases were document driven, with few witnesses and limited contentious factual issues, or when the record could be supplemented by oral evidence on discrete points. These are helpful observations but, as the court itself recognized, should not be taken as delineating firm categories of cases where summary judgment is and is not appropriate. For example, while this case is complex, with a voluminous record, the Court of Appeal ultimately agreed that there was no genuine issue requiring a trial.

[49] There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

[50] These principles are interconnected and all speak to whether summary judgment will provide

d'un procès (al. 20.04(2)a) des Règles). Pour exposer la façon de déterminer l'existence d'une telle question, je m'attache aux objectifs et aux principes sous-jacents à la décision d'accueillir ou non une requête en jugement sommaire. Une telle façon de faire permet l'évolution naturelle de l'application de la règle, sinon les catégories de cas seront considérées comme des règles ou des conditions préalables qui risquent de nuire à la métamorphose du système en décourageant le recours au jugement sommaire.

[48] La Cour d'appel n'a pas explicitement déterminé les circonstances dans lesquelles il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Or, en se demandant si l'exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à l'intérêt de la justice, elle a laissé entendre qu'il est le plus souvent indiqué de rendre un jugement sommaire dans des affaires où les documents occupent une place prépondérante, où il y a peu de témoins et de questions de fait litigieuses, ou encore des affaires dans lesquelles il est possible de compléter le dossier en présentant des témoignages oraux sur des points distincts. Voilà autant d'observations utiles qui, comme la Cour d'appel l'a elle-même reconnu, ne devraient cependant pas être considérées comme circonscrivant des catégories étanches de cas où il convient ou non de rendre un jugement sommaire. Par exemple, malgré la complexité de la présente affaire et son dossier volumineux, la Cour d'appel a finalement reconnu l'absence de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès.

[49] Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure de jugement sommaire (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

[50] Ces principes sont interreliés et reviennent tous à se demander si le jugement sommaire

a fair and just adjudication. When a summary judgment motion allows the judge to find the necessary facts and resolve the dispute, proceeding to trial would generally not be proportionate, timely or cost effective. Similarly, a process that does not give a judge confidence in her conclusions can never be the proportionate way to resolve a dispute. It bears reiterating that the standard for fairness is not whether the procedure is as exhaustive as a trial, but whether it gives the judge confidence that she can find the necessary facts and apply the relevant legal principles so as to resolve the dispute.

[51] Often, concerns about credibility or clarification of the evidence can be addressed by calling oral evidence on the motion itself. However, there may be cases where, given the nature of the issues and the evidence required, the judge cannot make the necessary findings of fact, or apply the legal principles to reach a just and fair determination.

(2) The Interest of Justice

[52] The enhanced fact-finding powers granted to motion judges in Rule 20.04(2.1) may be employed on a motion for summary judgment unless it is in the “interest of justice” for them to be exercised only at trial. The “interest of justice” is not defined in the Rules.

[53] To determine whether the interest of justice allowed the motion judge to use her new powers, the Court of Appeal required a motion judge to ask herself “can the full appreciation of the evidence and issues that is required to make dispositive findings be achieved by way of summary judgment, or can this full appreciation only be achieved by way of a trial?” (para. 50).

[54] The Court of Appeal identified the benefits of a trial that contribute to this full appreciation of

constituera une décision juste et équitable. Lorsqu’une requête en jugement sommaire permet au juge d’établir les faits nécessaires et de régler le litige, la tenue d’un procès ne serait généralement ni proportionnée, ni expéditive, ni économique. Dans le même ordre d’idées, un processus qui ne permet pas au juge de tirer ses conclusions avec confiance ne saurait jamais constituer un moyen proportionné de régler un litige. Il importe de répéter que la norme d’équité consiste à déterminer non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d’un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige.

[51] Souvent, il est possible de dissiper les doutes concernant la crédibilité ou d’éclaircir la preuve par la présentation de témoignages oraux au moment de l’audition de la requête elle-même. Toutefois, il peut y avoir des cas où, vu la nature des questions soulevées et la preuve à produire, le juge ne peut tirer les conclusions de fait nécessaires, ni appliquer les principes juridiques qui permettent d’arriver à une décision juste et équitable.

(2) L’intérêt de la justice

[52] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire, le juge peut exercer les pouvoirs accrus en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, à moins qu’il ne soit dans « l’intérêt de la justice » de ne les exercer que lors d’un procès. L’expression « intérêt de la justice » n’est pas définie dans les Règles.

[53] Pour déterminer s’il était dans l’intérêt de la justice que le juge saisi d’une requête exerce ses nouveaux pouvoirs, la Cour d’appel a obligé ce dernier à se poser la question suivante : [TRADUCTION] « . . . la pleine appréciation de la preuve et des questions litigieuses qui s’impose pour tirer des conclusions décisives peut-elle se faire par voie de jugement sommaire ou uniquement au moyen d’un procès? » (par. 50).

[54] La Cour d’appel a recensé les avantages de la tenue d’un procès qui contribuent à cette pleine

the evidence: the narrative that counsel can build through trial, the ability of witnesses to speak in their own words, and the assistance of counsel in sifting through the evidence (para. 54).

[55] The respondents, as well as the interveners, the Canadian Bar Association, the Attorney General of Ontario and the Advocates' Society, submit that the Court of Appeal's emphasis on the virtues of the traditional trial is misplaced and unduly restrictive. Further, some of these interveners submit that this approach may result in the creation of categories of cases inappropriate for summary judgment, and this will limit the development of the summary judgment vehicle.

[56] While I agree that a motion judge must have an appreciation of the evidence necessary to make dispositive findings, such an appreciation is not only available at trial. Focussing on how much and what kind of evidence could be adduced at a trial, as opposed to whether a trial is "requir[ed]" as the Rule directs, is likely to lead to the bar being set too high. The interest of justice cannot be limited to the advantageous features of a conventional trial, and must account for proportionality, timeliness and affordability. Otherwise, the adjudication permitted with the new powers — and the purpose of the amendments — would be frustrated.

[57] On a summary judgment motion, the evidence need not be equivalent to that at trial, but must be such that the judge is confident that she can fairly resolve the dispute. A documentary record, particularly when supplemented by the new fact-finding tools, including ordering oral testimony, is often sufficient to resolve material issues fairly and justly. The powers provided in Rules 20.04(2.1) and (2.2) can provide an equally valid, if less extensive, manner of fact finding.

appréciation de la preuve, à savoir l'exposé que l'avocat peut présenter lors d'un procès, la possibilité pour les témoins de s'exprimer dans leurs propres mots et l'aide des avocats pour passer en revue les éléments de preuve (par. 54).

[55] Les intimés ainsi que les intervenants, soit l'Association du Barreau canadien, le procureur général de l'Ontario et l'Advocates' Society, plaident que l'importance accordée par la Cour d'appel aux vertus du procès traditionnel est injustifiée et indûment restrictive. De plus, selon certains intervenants, cette approche peut donner lieu à la création de catégories de cas qui ne se prêtent pas à un jugement sommaire, ce qui aura pour effet de freiner l'évolution de la procédure de jugement sommaire.

[56] Je conviens certes que le juge saisi d'une requête doit avoir une connaissance de la preuve nécessaire pour tirer des conclusions décisives, mais le procès n'est pas le seul moyen d'acquérir cette connaissance. Mettre l'accent sur la quantité et la nature des éléments de preuve qui peuvent être présentés au procès, plutôt que sur la question de savoir si la tenue d'un procès est « nécessaire », comme le prévoit la règle, pourrait amener le juge à fixer un critère trop exigeant. L'intérêt de la justice ne saurait être limité aux caractéristiques avantageuses du procès conventionnel et il doit tenir compte de la proportionnalité, de la célérité et de l'accessibilité économique. Sinon, le processus décisionnel permis par les nouveaux pouvoirs — ainsi que l'objet des modifications — seraient contrariés.

[57] Dans le cadre de la procédure par jugement sommaire, il n'est pas nécessaire que la preuve soit la même que celle présentée lors d'un procès, mais elle doit être telle que le juge soit confiant de pouvoir résoudre équitablement le litige. La preuve documentaire, surtout si elle est complétée au moyen des nouveaux outils de recherche des faits, y compris des témoignages oraux, est souvent suffisante pour trancher des questions importantes de manière juste et équitable. L'exercice des pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles peut déboucher sur une recherche des faits tout aussi valable, voire plus brève.

[58] This inquiry into the interest of justice is, by its nature, comparative. Proportionality is assessed in relation to the full trial. It may require the motion judge to assess the relative efficiencies of proceeding by way of summary judgment, as opposed to trial. This would involve a comparison of, among other things, the cost and speed of both procedures. (Although summary judgment may be expensive and time consuming, as in this case, a trial may be even more expensive and slower.) It may also involve a comparison of the evidence that will be available at trial and on the motion as well as the opportunity to fairly evaluate it. (Even if the evidence available on the motion is limited, there may be no reason to think better evidence would be available at trial.)

[59] In practice, whether it is against the “interest of justice” to use the new fact-finding powers will often coincide with whether there is a “genuine issue requiring a trial”. It is logical that, when the use of the new powers would enable a judge to fairly and justly adjudicate a claim, it will generally not be against the interest of justice to do so. What is fair and just turns on the nature of the issues, the nature and strength of the evidence and what is the proportional procedure.

[60] The “interest of justice” inquiry goes further, and also considers the consequences of the motion in the context of the litigation as a whole. For example, if some of the claims against some of the parties will proceed to trial in any event, it may not be in the interest of justice to use the new fact-finding powers to grant summary judgment against a single defendant. Such partial summary judgment may run the risk of duplicative proceedings or inconsistent findings of fact and therefore the use of the powers may not be in the interest of justice. On the other hand, the resolution of an important claim against a key party could significantly advance

[58] Cette analyse de l’intérêt de la justice est, de par sa nature, comparative. La proportionnalité se mesure à l’aune du procès complet. Le juge saisi d’une requête peut devoir évaluer l’efficacité relative de la procédure de jugement sommaire par rapport au procès. Cette analyse impliquerait une comparaison, entre autres facteurs, du coût et de la rapidité des deux procédures. (La procédure de jugement sommaire peut s’avérer onéreuse et prendre beaucoup de temps, comme en l’espèce, mais la tenue d’un procès peut être encore plus coûteuse et plus lente.) L’analyse peut impliquer aussi une comparaison de la preuve qui sera présentée au procès et de la preuve qui accompagne la requête, ainsi que de la possibilité d’apprécier équitablement la preuve. (Même si la preuve présentée avec la requête est limitée, il n’y a peut-être aucune raison de croire qu’une meilleure preuve sera présentée lors du procès.)

[59] En pratique, la question de savoir si l’exercice des nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits est contraire à « l’intérêt de la justice » équivaudra souvent à se demander s’il existe une « véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction ». Logiquement, lorsqu’il permettrait au juge de trancher une demande de manière juste et équitable, l’exercice des nouveaux pouvoirs serait généralement dans l’intérêt de la justice. Le caractère juste et équitable de la décision dépend de la nature des questions litigieuses, de la nature et de la valeur probante de la preuve, ainsi que de ce qui constitue la procédure proportionnée.

[60] L’analyse de « l’intérêt de la justice » va plus loin et tient également compte des répercussions de la requête dans le contexte du litige dans son ensemble. Par exemple, si certaines des demandes contre certaines des parties seront de toute façon tranchées à l’issue d’un procès, il peut ne pas être dans l’intérêt de la justice d’exercer les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits pour rendre un jugement sommaire contre un seul défendeur. Un tel jugement sommaire partiel risque d’entraîner des procédures répétitives ou de mener à des conclusions de fait contradictoires; par conséquent, l’exercice de ces pouvoirs n’est peut-être pas dans

access to justice, and be the most proportionate, timely and cost effective approach.

(3) The Power to Hear Oral Evidence

[61] Under Rule 20.04(2.2), the motion judge is given the power to hear oral evidence to assist her in making findings under Rule 20.04(2.1). The decision to allow oral evidence rests with the motion judge since, as the Court of Appeal noted, “it is the motion judge, not counsel, who maintains control over the extent of the evidence to be led and the issues to which the evidence is to be directed” (para. 60).

[62] The Court of Appeal suggested the motion judge should only exercise this power when

- (1) oral evidence can be obtained from a small number of witnesses and gathered in a manageable period of time;
- (2) any issue to be dealt with by presenting oral evidence is likely to have a significant impact on whether the summary judgment motion is granted; and
- (3) any such issue is narrow and discrete — *i.e.*, the issue can be separately decided and is not enmeshed with other issues on the motion. [para. 103]

This is useful guidance to ensure that the hearing of oral evidence does not become unmanageable; however, as the Court of Appeal recognized, these are not absolute rules.

[63] This power should be employed when it allows the judge to reach a fair and just adjudication on the merits and it is the proportionate course of action. While this is more likely to be the case when the oral evidence required is limited, there will be cases where extensive oral evidence can be heard

l’intérêt de la justice. Par contre, le règlement d’une demande importante visant une partie clé pourrait favoriser nettement l’accès à la justice et constituer la mesure la plus proportionnée, expéditive et économique.

(3) Le pouvoir d’entendre des témoignages oraux

[61] Le paragraphe 20.04(2.2) des Règles confère au juge saisi d’une requête le pouvoir d’entendre des témoignages oraux pour tirer plus facilement des conclusions aux termes du par. 20.04(2.1). La décision d’autoriser la présentation d’un témoignage oral appartient au juge puisque, comme l’a souligné la Cour d’appel, [TRADUCTION] « c’est le juge saisi de la requête, et non les avocats, qui peut exercer un contrôle sur l’étendue de la preuve à présenter et sur les questions auxquelles se rapporte celle-ci » (par. 60).

[62] Selon la Cour d’appel, le juge saisi d’une requête ne devrait exercer ce pouvoir que lorsque

[TRADUCTION]

- (1) il est possible d’entendre, dans un délai raisonnable, les témoignages oraux d’un nombre restreint de témoins;
- (2) toute question à traiter par la présentation d’un témoignage oral aura vraisemblablement une incidence importante sur l’accueil ou le rejet de la requête en jugement sommaire; et
- (3) une telle question est précise et distincte — *c’est-à-dire* que la question peut être tranchée séparément et n’est pas liée aux autres questions sur lesquelles porte la requête. [par. 103]

Ces indications sont utiles pour assurer que l’audition des témoignages oraux ne devient pas ingérable; toutefois, comme l’a reconnu la Cour d’appel, ces règles ne sont pas absolues.

[63] Ce pouvoir devrait être exercé lorsqu’il permet au juge de rendre une décision juste et équitable sur le fond et que son exercice constitue la marche à suivre proportionnée. Ce sera plus probablement le cas lorsque le témoignage oral requis est succinct, mais dans certains cas, la requête en jugement

on the motion for summary judgment, avoiding the need for a longer, more complex trial and without compromising the fairness of the procedure.

[64] Where a party seeks to lead oral evidence, it should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge in weighing the evidence, assessing credibility, or drawing inferences and to provide a “will say” statement or other description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence.

[65] Thus, the power to call oral evidence should be used to promote the fair and just resolution of the dispute in light of principles of proportionality, timeliness and affordability. In tailoring the nature and extent of oral evidence that will be heard, the motion judge should be guided by these principles, and remember that the process is not a full trial on the merits but is designed to determine if there is a genuine issue requiring a trial.

(4) The Roadmap/Approach to a Motion for Summary Judgment

[66] On a motion for summary judgment under Rule 20.04, the judge should first determine if there is a genuine issue requiring trial based only on the evidence before her, *without* using the new fact-finding powers. There will be no genuine issue requiring a trial if the summary judgment process provides her with the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute and is a timely, affordable and proportionate procedure, under Rule 20.04(2)(a). If there appears to be a genuine issue requiring a trial, she should then determine if the need for a trial can be avoided by using the new powers under Rules 20.04(2.1) and (2.2). She may, at her discretion, use those powers, provided that their use is not against the interest of justice. Their use will not be against the interest of justice if they will lead to a fair and just result and will

sommaire comportera l’audition de longs témoignages oraux, ce qui permettra d’éviter des procès plus longs et plus complexes sans compromettre l’équité de la procédure.

[64] La partie qui cherche à présenter des témoignages oraux doit être prête, d’une part, à démontrer en quoi ils aideraient le juge saisi de la requête à apprécier la preuve, à évaluer la crédibilité des déposants ou à tirer des conclusions de la preuve et, d’autre part, à fournir une déclaration anticipée ou un autre exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d’établir la portée des témoignages oraux.

[65] Ainsi, le pouvoir d’ordonner la présentation de témoignages oraux devrait servir à favoriser le règlement juste et équitable du litige compte tenu des principes de proportionnalité, de célérité et d’accessibilité économique. Lorsqu’il établit la nature et l’étendue des témoignages oraux qui seront entendus, le juge saisi de la requête devrait s’inspirer de ces principes et se rappeler que ce processus ne constitue pas un procès complet sur le fond mais qu’il vise plutôt à déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès.

(4) Marche à suivre pour trancher une requête en jugement sommaire

[66] Lors de l’audition d’une requête en jugement sommaire aux termes de la règle 20.04, le juge devrait en premier lieu décider, compte tenu uniquement de la preuve dont il dispose et *sans* recourir aux nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès. Il n’y aura pas de question de ce genre si la procédure de jugement sommaire lui fournit la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige et constitue une procédure expéditive, abordable et proportionnée selon l’al. 20.04(2)a des Règles. S’il semble y avoir une véritable question nécessitant la tenue d’un procès, le juge devrait alors déterminer si l’exercice des nouveaux pouvoirs prévus aux par. 20.04(2.1) et (2.2) des Règles écartera la nécessité d’un procès. Le juge peut exercer ces

serve the goals of timeliness, affordability and proportionality in light of the litigation as a whole.

[67] Inquiring first as to whether the use of the powers under Rule 20.04(2.1) will allow the dispute to be resolved by way of summary judgment, before asking whether the interest of justice requires that those powers be exercised only at trial, emphasizes that these powers are presumptively available, rather than exceptional, in line with the goal of proportionate, cost-effective and timely dispute resolution. As well, by first determining the consequences of using the new powers, the benefit of their use is clearer. This will assist in determining whether it is in the interest of justice that they be exercised only at trial.

[68] While summary judgment *must* be granted if there is no genuine issue requiring a trial,¹⁰ the decision to use either the expanded fact-finding powers or to call oral evidence is discretionary.¹¹ The discretionary nature of this power gives the judge some flexibility in deciding the appropriate course of action. This discretion can act as a safety valve in cases where the use of such powers would clearly be inappropriate. There is always the risk that clearly unmeritorious motions for summary judgment could be abused and used tactically to add time and expense. In such cases, the motion judge may choose to decline to exercise her discretion

10 Rule 20.04(2): “The court shall grant summary judgment if, (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial”

11 Rule 20.04(2.1): “In determining . . . whether there is a genuine issue requiring a trial . . . if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers . . . 1. Weighing the evidence. 2. Evaluating the credibility of a deponent. 3. Drawing any reasonable inference from the evidence.” Rule 20.04(2.2): “A judge may . . . order that oral evidence be presented”

pouvoirs à son gré, pourvu que leur exercice ne soit pas contraire à l’intérêt de la justice. Leur exercice ne sera pas contraire à l’intérêt de la justice s’il aboutit à un résultat juste et équitable et permettra d’atteindre les objectifs de célérité, d’accessibilité économique et de proportionnalité, compte tenu du litige dans son ensemble.

[67] En cherchant d’abord à déterminer si l’exercice des pouvoirs prévus au par. 20.04(2.1) des Règles permettra de régler le litige par voie de jugement sommaire, avant de se demander s’il est dans l’intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès, on souligne le fait que ces pouvoirs peuvent être exercés en règle générale, plutôt qu’à titre exceptionnel, conformément à l’objectif d’un règlement des litiges proportionné, économique et expéditif. De même, lorsqu’on détermine en premier lieu les conséquences du recours à ces nouveaux pouvoirs, les avantages qu’offre leur exercice apparaissent plus clairement. Cette façon de procéder aidera à déterminer s’il est dans l’intérêt de la justice que ces pouvoirs ne soient exercés que lors d’un procès.

[68] Bien qu’un jugement sommaire *doive* être rendu en l’absence d’une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès¹⁰, la décision d’exercer le pouvoir élargi en matière de recherche des faits ou le pouvoir d’ordonner la présentation de témoignages oraux est de nature discrétionnaire¹¹. Ce caractère discrétionnaire de la décision du juge lui laisse une certaine latitude lorsqu’il décide de la marche à suivre. De plus, la nature discrétionnaire de cette décision peut servir de soupape dans les cas où l’exercice de ces pouvoirs serait de toute évidence inapproprié. Le risque de recours abusif à des requêtes en jugement sommaire clairement dénuées

10 Paragraphe 20.04(2) des Règles : « Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas : a) il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction . . . »

11 Paragraphe 20.04(2.1) des Règles : « Lorsqu’il décide [. . .] s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’une instruction [. . .] et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l’un ou l’autre des pouvoirs suivants [. . .] 1. Apprécier la preuve. 2. Évaluer la crédibilité d’un déposant. 3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve. » Paragraphe 20.04(2.2) des Règles : « Un juge peut [. . .] ordonner que des témoignages oraux soient présentés . . . »

to use those powers and dismiss the motion for summary judgment, without engaging in the full inquiry delineated above.

C. *Tools to Maximize the Efficiency of a Summary Judgment Motion*

(1) Controlling the Scope of a Summary Judgment Motion

[69] The Ontario *Rules* and a superior court's inherent jurisdiction permit a motion judge to be involved early in the life of a motion, in order to control the size of the record, and to remain active in the event the motion does not resolve the entire action.

[70] The Rules provide for early judicial involvement, through Rule 1.05, which allows for a motion for directions, to manage the time and cost of the summary judgment motion. This allows a judge to provide directions with regard to the timelines for filing affidavits, the length of cross-examination, and the nature and amount of evidence that will be filed. However, motion judges must also be cautious not to impose administrative measures that add an unnecessary layer of cost.

[71] Not all motions for summary judgment will require a motion for directions. However, failure to bring such a motion where it was evident that the record would be complex or voluminous may be considered when dealing with costs consequences under Rule 20.06(a). In line with the principle of proportionality, the judge hearing the motion for directions should generally be seized of the summary judgment motion itself, ensuring the knowledge she has developed about the case does not go to waste.

[72] I agree with the Court of Appeal (at paras. 58 and 258) that a motion for directions also provides the responding party with the opportunity

de fondement comme tactique pour entraîner des frais et des retards est toujours présent. Dans ces cas, le juge peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire et rejeter la requête en jugement sommaire sans procéder à l'analyse complète exposée ci-dessus.

C. *Outils permettant d'optimiser l'efficacité de la requête en jugement sommaire*

(1) Circonscrire la portée de la requête en jugement sommaire

[69] Les *Règles* de l'Ontario et la compétence inhérente d'une cour supérieure permettent au juge saisi d'une requête d'intervenir rapidement après la présentation de la requête afin de limiter la taille du dossier, et de continuer de jouer un rôle actif si la requête ne permet pas de trancher tout le litige.

[70] Les Règles prévoient l'intervention hâtive du tribunal par l'application de la règle 1.05, qui permet de lui demander par requête des directives pour gérer les délais et les dépens afférents à une requête en jugement sommaire. Le juge peut ainsi donner des directives relatives aux délais de dépôt des affidavits, à la durée des contre-interrogatoires et à la nature et la quantité des éléments de preuve à déposer. Toutefois, le juge doit également prendre garde d'imposer des mesures administratives qui entraînent des frais supplémentaires non nécessaires.

[71] La requête en jugement sommaire ne nécessite pas dans tous les cas une demande de directives. Toutefois, l'omission de présenter une telle demande lorsqu'il était évident que le dossier serait complexe ou volumineux peut être prise en compte au moment d'attribuer des dépens en application de l'al. 20.06a) des Règles. Conformément au principe de la proportionnalité, le juge qui instruit la requête en vue d'obtenir des directives devrait généralement être saisi de la requête en jugement sommaire elle-même pour assurer que la connaissance qu'il a acquise du dossier ne serve pas à rien.

[72] Je suis d'accord avec la Cour d'appel (par. 58 et 258) pour dire que la requête en vue d'obtenir des directives donne également à l'intimé l'occasion de

to seek an order to stay or dismiss a premature or improper motion for summary judgment. This may be appropriate to challenge lengthy, complex motions, particularly on the basis that they would not sufficiently advance the litigation, or serve the principles of proportionality, timeliness and affordability.

[73] A motion for summary judgment will not always be the most proportionate way to dispose of an action. For example, an early date may be available for a short trial, or the parties may be prepared to proceed with a summary trial. Counsel should always be mindful of the most proportionate procedure for their client and the case.

(2) Salvaging a Failed Summary Judgment Motion

[74] Failed, or even partially successful, summary judgment motions add — sometimes astronomically — to costs and delay. However, this risk can be attenuated by a judge who makes use of the trial management powers provided in Rule 20.05 and the court’s inherent jurisdiction.

[75] Rules 20.05(1) and (2) provide in part:

20.05 (1) Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just

[76] Rules 20.05(2)(a) through (p) outline a number of specific trial management orders that may be appropriate. The court may: set a schedule; provide a restricted discovery plan; set a trial date; require payment into court of the claim; or order security for costs. The court may order that: the parties deliver a concise summary of their opening statement; the

demandeur la suspension ou le rejet d’une requête en jugement sommaire prématurée ou irrégulière. Une telle demande peut permettre de contester des requêtes longues et complexes, surtout lorsque celles-ci ne feraient pas progresser suffisamment l’instance ou ne favoriseraient pas les objectifs de proportionnalité, de célérité et d’accessibilité économique.

[73] La requête en jugement sommaire ne constituera pas toujours le moyen le plus proportionné de trancher une action en justice. Par exemple, il arrive qu’un court procès puisse avoir lieu tôt ou que les parties soient disposées à procéder par procès sommaire. Les avocats devraient toujours tenir compte de la procédure la plus proportionnée pour leur client et le dossier.

(2) Mettre à profit les éléments d’une requête en jugement sommaire rejetée

[74] Qu’elle soit rejetée ou même accueillie en partie, la requête en jugement sommaire occasionne des frais et des délais additionnels — parfois astronomiques. Le juge peut toutefois atténuer ce risque en exerçant la compétence inhérente du tribunal et les pouvoirs de gestion de l’instance prévus à la règle 20.05.

[75] Les paragraphes 20.05(1) et (2) des Règles prévoient notamment ce qui suit :

20.05 (1) Si le jugement sommaire est refusé ou n’est accordé qu’en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l’action soit instruite de façon expéditive.

(2) Le tribunal qui ordonne l’instruction d’une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu’il estime justes

[76] Les alinéas 20.05(2)(a) à (p) des Règles énumèrent plusieurs ordonnances précises de gestion de l’instance qui peuvent convenir. Le tribunal peut dresser un calendrier, établir un plan d’enquête préalable assorti de limites, fixer la date du procès, ordonner la consignation de la somme demandée ou le versement d’un cautionnement pour dépens. Le

parties deliver a written summary of the anticipated evidence of a witness; any oral examination of a witness at trial will be subject to a time limit or; the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit.

[77] These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. The motion judge should look to the summary trial as a model, particularly where affidavits filed could serve as the evidence of a witness, subject to time-limited examinations and cross-examinations. Although the Rules did not adopt the Osborne Report's recommendation of a summary trial model, this model already exists under the simplified rules or on consent. In my view, the summary trial model would also be available further to the broad powers granted to a judge under Rule 20.05(2).

[78] Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge. I agree with the Osborne Report that the involvement of a single judicial officer throughout

saves judicial time since parties will not have to get a different judge up to speed each time an issue arises in the case. It may also have a calming effect on the conduct of litigious parties and counsel, as they will come to predict how the judicial official assigned to the case might rule on a given issue. [p. 88]

[79] While such an approach may complicate scheduling, to the extent that current scheduling practices prevent summary judgment motions being used in an efficient and cost effective manner, the

tribunal peut aussi ordonner la remise par les parties d'un résumé concis de leur déclaration préliminaire, la remise par les parties d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin, la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin au procès, ou la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin.

[77] Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge saisi de la requête devrait s'inspirer de la procédure d'instruction sommaire, en particulier lorsque les affidavits déposés serviraient de dépositions, sous réserve d'interrogatoires et de contre-interrogatoires d'une durée limitée. Bien que les Règles n'aient pas adopté le modèle de l'instruction sommaire recommandé dans le rapport Osborne, ce modèle est déjà prévu par les règles simplifiées ou peut être utilisé du consentement des parties. À mon avis, le modèle de l'instruction sommaire pourrait également s'appliquer si le juge exerce les vastes pouvoirs que lui confère le par. 20.05(2) des Règles.

[78] Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent. Je suis d'accord avec le rapport Osborne pour dire que la gestion du litige par un seul fonctionnaire judiciaire

permet à la cour d'économiser du temps étant donné que les parties n'ont pas à mettre un juge différent au fait chaque fois qu'un problème survient relativement à la cause. Elle peut également avoir un effet de modération sur le comportement des parties litigantes et des avocats, qui en viendront à prévoir la façon dont le fonctionnaire judiciaire affecté à la cause pourrait statuer sur une question donnée. [p. 105]

[79] Une telle approche risque de compliquer l'établissement du calendrier, dans la mesure où les pratiques actuelles en la matière empêchent de recourir de façon efficace et économique à la

courts should be prepared to change their practices in order to facilitate access to justice.

D. *Standard of Review*

[80] The Court of Appeal concluded that determining the appropriate test for summary judgment — whether there is a genuine issue requiring a trial — is a legal question, reviewable on a correctness standard, while any factual determinations made by the motion judge will attract deference.

[81] In my view, absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law. Where there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

[82] Similarly, the question of whether it is in the “interest of justice” for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) depends on the relative evidence available at the summary judgment motion and at trial, the nature, size, complexity and cost of the dispute and other contextual factors. Such a decision is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

[83] Provided that it is not against the “interest of justice”, a motion judge’s decision to exercise the new powers is discretionary. Thus, unless the motion judge misdirected herself, or came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice, her decision should not be disturbed.

requête en jugement sommaire, mais les tribunaux devraient être disposés à modifier leurs habitudes afin de faciliter l’accès à la justice.

D. *Norme de contrôle*

[80] La Cour d’appel a conclu que le choix du critère à appliquer en matière de jugement sommaire — déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès — est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte, alors que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la requête commandent la retenue.

[81] À mon avis, en l’absence d’une erreur de droit, l’exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d’une requête exerce ses nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, et détermine s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès, il s’agit d’une question mixte de fait et de droit. Lorsqu’il n’y a aucune erreur de principe isolable, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées en l’absence d’erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36.

[82] De même, la réponse à la question de savoir s’il est dans « l’intérêt de la justice » que le juge saisi d’une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles dépend de la preuve relative présentée lors de l’audition de la requête en jugement sommaire et au procès, de la nature, de l’envergure, de la complexité et du coût du litige, ainsi que d’autres facteurs contextuels. Cette décision constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

[83] Pourvu qu’elle ne soit pas contraire à « l’intérêt de la justice », la décision du juge saisi d’une requête d’exercer les nouveaux pouvoirs est de nature discrétionnaire. Par conséquent, à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice, il n’y a pas lieu de modifier sa décision.

[84] Of course, where the motion judge applies an incorrect principle of law, or errs with regard to a purely legal question, such as the elements that must be proved for the plaintiff to make out her cause of action, the decision will be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8.

E. *Did the Motion Judge Err by Granting Summary Judgment?*

[85] The motion judge granted summary judgment in favour of the Mauldin Group. While the Court of Appeal found that the action should not have been decided by summary judgment, it nevertheless dismissed the appeal. Hryniak argues this constituted “prospective overruling” but, in light of my conclusion that the motion judge was entitled to proceed by summary judgment, I need not consider these submissions further. For the reasons that follow, I am satisfied that the motion judge did not err in granting summary judgment.

(1) The Tort of Civil Fraud

[86] The action underlying this motion for summary judgment was one for civil fraud brought against Hryniak, Peebles, and Cassels Brock.

[87] As discussed in the companion *Bruno Appliance* appeal, the tort of civil fraud has four elements, which must be proven on a balance of probabilities: (1) a false representation by the defendant; (2) some level of knowledge of the falsehood of the representation on the part of the defendant (whether knowledge or recklessness); (3) the false representation caused the plaintiff to act; (4) the plaintiff’s actions resulted in a loss.

(2) Was There a Genuine Issue Requiring a Trial?

[88] In granting summary judgment to the Mauldin Group against Hryniak, the motion judge did not explicitly address the correct test for civil

[84] Évidemment, si le juge saisi d’une requête applique un mauvais principe de droit ou fait erreur relativement à une pure question de droit, comme les éléments dont le demandeur doit prouver l’existence pour établir sa cause d’action, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8.

E. *Le juge saisi de la requête a-t-il eu tort de rendre un jugement sommaire?*

[85] Le juge saisi de la requête a rendu un jugement sommaire en faveur du Groupe Mauldin. Bien qu’elle ait conclu que l’action n’aurait pas dû être tranchée par jugement sommaire, la Cour d’appel a quand même rejeté l’appel. Selon M. Hryniak, la Cour d’appel a fait un [TRADUCTION] « revirement pour l’avenir » mais, vu ma conclusion selon laquelle le juge pouvait à bon droit trancher l’action par jugement sommaire, je n’ai pas à examiner plus à fond ces arguments. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincue que le juge n’a pas eu tort de rendre un jugement sommaire.

(1) Le délit de fraude civile

[86] C’est une action pour fraude civile intentée contre M. Hryniak, M. Peebles et le cabinet Cassels Brock qui est à l’origine de la requête en jugement sommaire.

[87] Comme il est expliqué dans le pourvoi connexe *Bruno Appliance*, le délit de fraude civile comporte quatre éléments dont il faut prouver l’existence selon la prépondérance des probabilités : (1) une fausse déclaration du défendeur; (2) une certaine connaissance de la fausseté de la déclaration de la part du défendeur (connaissance ou insouciance); (3) le fait que la fausse déclaration a amené le demandeur à agir; (4) le fait que les actes du demandeur ont entraîné une perte.

(2) Existait-il une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès?

[88] Le juge saisi de la requête n’a pas traité explicitement du critère qu’il convient d’appliquer à la fraude civile lorsqu’il a prononcé un jugement

fraud but, like the Court of Appeal, I am satisfied that his findings support that result.

[89] The first element of civil fraud is a false representation by the defendant. The Court of Appeal agreed with the motion judge that “[u]nquestionably, the Mauldin group was induced to invest with Hryniak because of what Hryniak said to Fred Mauldin” at the meeting of June 19, 2001 (at para. 158), and this was not disputed in the appellant’s factum.

[90] The motion judge found the requisite knowledge or recklessness as to the falsehood of the representation, the second element of civil fraud, based on Hryniak’s lack of effort to ensure that the funds would be properly invested and failure to verify that the eventual end-point of the funds, New Savings Bank, was secure. The motion judge also rejected the defence that the funds were stolen, noting Hryniak’s feeble efforts to recover the funds, waiting some 15 months to report the apparent theft of US\$10.2 million.

[91] The motion judge also found an intention on the part of Hryniak that the Mauldin Group would act on his false representations, the third requirement of civil fraud. Hryniak secured a US\$76,000 loan for Fred Mauldin and conducted a “test trade”, actions which, in the motion judge’s view, were “undertaken . . . for the purpose of dissuading the Mauldin group from demanding the return of its investment” (para. 113). Moreover, the motion judge detailed Hryniak’s central role in the web of deception that caused the Mauldin Group to invest its funds and that dissuaded them from seeking their return for some time after they had been stolen.

[92] The final requirement of civil fraud, loss, is clearly present. The Mauldin Group invested

sommaire en faveur du Groupe Mauldin contre M. Hryniak. Toutefois, à l’instar de la Cour d’appel, je suis convaincue que les conclusions du juge étayaient ce résultat.

[89] Une fausse déclaration du défendeur constitue le premier élément de la fraude civile. La Cour d’appel partageait l’avis du juge que [TRADUCTION] « [s]ans aucun doute, le Groupe Mauldin a été amené à investir avec Hryniak en raison des propos adressés par M. Hryniak à Fred Mauldin » lors de la réunion du 19 juin 2001 (par. 158), ce que l’appelant ne conteste pas dans son mémoire.

[90] Le juge saisi de la requête a conclu à l’existence de la connaissance ou de l’insouciance requise quant à la fausseté de la déclaration, en l’occurrence le deuxième élément de la fraude civile, en raison de l’absence de démarches de la part de M. Hryniak pour s’assurer que les fonds seraient adéquatement investis et de son omission de vérifier que le destinataire éventuel des fonds, la New Savings Bank, était un établissement sûr. Le juge a également rejeté la thèse invoquée en défense selon laquelle les fonds avaient été dérobés, soulignant les démarches limitées prises par M. Hryniak pour recouvrer les fonds, celui-ci ayant attendu quelque 15 mois avant de signaler le vol apparent de 10,2 millions de dollars américains.

[91] Le juge saisi de la requête a conclu également à l’intention de M. Hryniak que ses fausses déclarations incitent le Groupe Mauldin à agir, ce qui constitue le troisième élément de la fraude civile. M. Hryniak a contracté un prêt de 76 000 dollars américains pour le compte de Fred Mauldin et a [TRADUCTION] « simulé une transaction », des gestes qui, selon le juge, ont été « posés [. . .] dans le but de dissuader le Groupe Mauldin d’exiger le remboursement de son placement » (par. 113). De plus, le juge a exposé en détail le rôle capital joué par M. Hryniak dans la multitude de tromperies qui ont amené le Groupe Mauldin à investir ses fonds et qui l’ont dissuadé de demander leur remboursement pendant quelque temps après que les fonds eurent été dérobés.

[92] Le dernier élément de la fraude civile, la perte, est manifestement présent. Le Groupe

US\$1.2 million and, but for a small return of US\$9,600 in February 2002, lost its investment.

[93] The motion judge found no credible evidence to support Hryniak's claim that he was a legitimate trader, and the outcome was therefore clear, so the motion judge concluded there was no issue requiring a trial. He made no palpable and overriding error in granting summary judgment.

(3) Did the Interest of Justice Preclude the Motion Judge From Using His Powers Under Rule 20.04?

[94] The motion judge did not err in exercising his fact-finding powers under Rule 20.04(2.1). He was prepared to sift through the detailed record, and was of the view that sufficient evidence had been presented on all relevant points to allow him to draw the inferences necessary to make dispositive findings under Rule 20. Further, while the amount involved is significant, the issues raised by Hryniak's defence were fairly straightforward. As the Court of Appeal noted, at root, the question turned on whether Hryniak had a legitimate trading program that went awry when the funds were stolen, or whether his program was a sham from the outset (para. 159). The plaintiffs are a group of elderly American investors and, at the return date of the motion, had been deprived of their funds for nearly a decade. The record was sufficient to make a fair and just determination and a timely resolution of the matter was called for. While the motion was complex and expensive, going to trial would have cost even more and taken even longer.

[95] Despite the fact that the Mauldin Group's claims against Peebles and Cassels Brock had to

Mauldin a investi 1,2 million de dollars américains et, à part un rendement pour la modique somme de 9 600 dollars américains reçue en février 2002, il a perdu son placement.

[93] Le juge saisi de la requête a conclu qu'il n'existait pas d'élément de preuve crédible à l'appui de la prétention de M. Hryniak selon laquelle ce dernier était un courtier légitime et l'issue était donc claire. Le juge a par conséquent conclu qu'il n'y avait pas de question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en rendant un jugement sommaire.

(3) L'intérêt de la justice empêchait-il le juge saisi de la requête d'exercer les pouvoirs que lui confère la règle 20.04?

[94] Le juge saisi de la requête n'a pas commis d'erreur en exerçant les pouvoirs en matière de recherche des faits que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles. Il était disposé à examiner minutieusement le dossier détaillé et était d'avis que les éléments de preuve présentés sur tous les points pertinents suffisaient pour lui permettre de tirer les inférences nécessaires à la formulation de conclusions décisives en vertu de la règle 20. En outre, malgré l'importance de la somme en cause, les moyens invoqués par M. Hryniak dans sa défense étaient relativement simples. Comme l'a indiqué la Cour d'appel, il s'agissait fondamentalement de savoir si M. Hryniak avait mis en place un programme légitime de transaction de titres qui a mal tourné lorsque les fonds ont été dérobés, ou si son programme était factice depuis le début (par. 159). Les demandeurs forment un groupe d'investisseurs américains âgés qui, à la date de l'audition de la requête, avaient été privés de leurs fonds depuis près de 10 ans. Le dossier était suffisant pour permettre de rendre une décision juste et équitable et il fallait trancher l'affaire de façon expéditive. Bien que la requête se soit révélée complexe et onéreuse, la tenue d'un procès aurait été encore plus coûteuse et aurait duré encore plus longtemps.

[95] Même si les actions intentées par le Groupe Mauldin contre M. Peebles et le cabinet Cassels

proceed to trial, there is little reason to believe that granting summary judgment against Hryniak would have a prejudicial impact on the trial of the remaining issues. While the extent of the other defendants' involvement in the fraud requires a trial, that matter is not predetermined by the conclusion that Hryniak clearly was a perpetrator of the fraud. The motion judge's findings speak specifically to Hryniak's involvement and neither rely upon, nor are inconsistent with, the liability of others. His findings were clearly supported by the evidence. It was neither against the interest of justice for the motion judge to use his fact-finding powers nor was his discretionary decision to do so tainted with error.

V. Conclusion

[96] Accordingly, I would dismiss the appeal, with costs to the respondents.

APPENDIX

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194

RULE 20 SUMMARY JUDGMENT

20.01 [Where Available] (1) [To Plaintiff] A plaintiff may, after the defendant has delivered a statement of defence or served a notice of motion, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the statement of claim.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a notice of motion for summary judgment together with the statement of claim, and leave may be given where special urgency is shown, subject to such directions as are just.

(3) [To Defendant] A defendant may, after deliering a statement of defence, move with supporting affidavit material or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the statement of claim.

Brock devaient être instruites, il n'y a pas vraiment lieu de croire qu'un jugement sommaire rendu contre M. Hryniak aurait nui à l'instruction des autres questions litigieuses. Bien que l'étendue de la participation des autres défendeurs à la fraude nécessite la tenue d'un procès, la conclusion selon laquelle M. Hryniak était manifestement l'un des auteurs de la fraude ne résout pas d'avance cette question. Les conclusions du juge saisi de la requête traitent spécifiquement de la participation de M. Hryniak et ne reposent pas sur la responsabilité d'autres personnes, ni ne sont incompatibles avec leur responsabilité. Ses conclusions étaient clairement étayées par la preuve. L'exercice, par le juge, de ses pouvoirs en matière de recherche des faits n'allait pas à l'encontre de l'intérêt de la justice, et sa décision discrétionnaire d'exercer ces pouvoirs n'était pas non plus entachée d'erreur.

V. Conclusion

[96] Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

ANNEXE

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194

RÈGLE 20 JUGEMENT SOMMAIRE

20.01 [Applicabilité] (1) [Au demandeur] Le demandeur peut, après que le défendeur a remis une défense ou signifié un avis de motion, demander, par voie de motion, appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire sur la totalité ou une partie de la demande formulée dans la déclaration.

(2) Le demandeur peut demander, par voie de motion présentée sans préavis, l'autorisation de signifier avec la déclaration un avis de motion en vue d'obtenir un jugement sommaire. L'autorisation peut être accordée en cas d'urgence extraordinaire, sous réserve de directives justes.

(3) [Au défendeur] Le défendeur peut, après avoir remis une défense, demander, par voie de motion appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, un jugement sommaire rejetant en totalité ou en partie la demande formulée dans la déclaration.

20.02 [Evidence on Motion] (1) An affidavit for use on a motion for summary judgment may be made on information and belief as provided in subrule 39.01(4), but, on the hearing of the motion, the court may, if appropriate, draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of any person having personal knowledge of contested facts.

(2) In response to affidavit material or other evidence supporting a motion for summary judgment, a responding party may not rest solely on the allegations or denials in the party's pleadings, but must set out, in affidavit material or other evidence, specific facts showing that there is a genuine issue requiring a trial.

20.03 [Factums Required] (1) On a motion for summary judgment, each party shall serve on every other party to the motion a factum consisting of a concise argument stating the facts and law relied on by the party.

(2) The moving party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least seven days before the hearing.

(3) The responding party's factum shall be served and filed with proof of service in the court office where the motion is to be heard at least four days before the hearing.

(4) Revoked.

20.04 [Disposition of Motion] (1) [General] Revoked.

(2) The court shall grant summary judgment if,

- (a) the court is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence; or
- (b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied that it is appropriate to grant summary judgment.

(2.1) [Powers] In determining under clause (2)(a) whether there is a genuine issue requiring a trial, the

20.02 [Preuves à l'appui d'une motion] (1) Dans un affidavit à l'appui d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire, une partie peut faire état des éléments qu'elle tient pour véridiques sur la foi de renseignements, comme le prévoit le paragraphe 39.01(4). Toutefois, dans le cas où la partie ne fournit pas le témoignage de toute personne ayant une connaissance directe des faits contestés, le tribunal peut en tirer des conclusions défavorables, s'il y a lieu, lors de l'audition de la motion.

(2) Lorsqu'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire est appuyée d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, la partie intimée ne peut pas se contenter uniquement des allégations ou dénégations contenues dans ses actes de procédure. Elle doit préciser, au moyen d'un affidavit ou d'autres éléments de preuve, des faits spécifiques indiquant qu'il y a une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction.

20.03 [Mémoires requis] (1) Dans le cas d'une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire comprenant une argumentation concise exposant les faits et les règles de droit qu'elle invoque.

(2) Le mémoire de l'auteur de la motion est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins sept jours avant l'audience.

(3) Le mémoire de la partie intimée est signifié et déposé, avec la preuve de la signification, au greffe du tribunal où la motion doit être entendue, au moins quatre jours avant l'audience.

(4) Abrogé.

20.04 [Décision sur la motion] (1) [Dispositions générales] Abrogé.

(2) Le tribunal rend un jugement sommaire si, selon le cas :

- a) il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'une instruction;
- b) il est convaincu qu'il est approprié de rendre un jugement sommaire et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit décidé par jugement sommaire.

(2.1) [Pouvoirs] Lorsqu'il décide, aux termes de l'alinéa (2)a, s'il existe une véritable question litigieuse

court shall consider the evidence submitted by the parties and, if the determination is being made by a judge, the judge may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interest of justice for such powers to be exercised only at a trial:

1. Weighing the evidence.
2. Evaluating the credibility of a deponent.
3. Drawing any reasonable inference from the evidence.

(2.2) [Oral Evidence (Mini-Trial)] A judge may, for the purposes of exercising any of the powers set out in subrule (2.1), order that oral evidence be presented by one or more parties, with or without time limits on its presentation.

(3) [Only Genuine Issue Is Amount] Where the court is satisfied that the only genuine issue is the amount to which the moving party is entitled, the court may order a trial of that issue or grant judgment with a reference to determine the amount.

(4) [Only Genuine Issue Is Question Of Law] Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, but where the motion is made to a master, it shall be adjourned to be heard by a judge.

(5) [Only Claim Is For An Accounting] Where the plaintiff is the moving party and claims an accounting and the defendant fails to satisfy the court that there is a preliminary issue to be tried, the court may grant judgment on the claim with a reference to take the accounts.

20.05 [Where Trial Is Necessary] (1) [Powers of Court] Where summary judgment is refused or is granted only in part, the court may make an order specifying what material facts are not in dispute and defining the issues to be tried, and order that the action proceed to trial expeditiously.

(2) [Directions And Terms] If an action is ordered to proceed to trial under subrule (1), the court may give such directions or impose such terms as are just, including an order,

nécessitant la tenue d'une instruction, le tribunal tient compte des éléments de preuve présentés par les parties et, si la décision doit être rendue par un juge, ce dernier peut, à cette fin, exercer l'un ou l'autre des pouvoirs suivants, à moins qu'il ne soit dans l'intérêt de la justice de ne les exercer que lors d'un procès :

1. Apprécier la preuve.
2. Évaluer la crédibilité d'un déposé.
3. Tirer une conclusion raisonnable de la preuve.

(2.2) [Témoignage oral (mini-procès)] Un juge peut, dans le but d'exercer les pouvoirs prévus au paragraphe (2.1), ordonner que des témoignages oraux soient présentés par une ou plusieurs parties, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

(3) [Si la seule question litigieuse est le montant de la demande] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur le montant auquel l'auteur de la motion a droit, peut ordonner l'instruction de la question ou rendre un jugement et ordonner un renvoi afin de fixer le montant.

(4) [Si la seule question litigieuse est une question de droit] Le tribunal, s'il est convaincu que la seule véritable question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. Toutefois, si la motion est présentée à un protonotaire, elle est déferée à un juge pour audition.

(5) [Demande de reddition de comptes seulement] Si le demandeur est l'auteur de la motion et qu'il demande une reddition de comptes, le tribunal peut rendre jugement sur la demande et ordonner un renvoi pour la reddition des comptes, à moins que le défendeur ne convainque le tribunal qu'une question préliminaire doit être instruite.

20.05 [Nécessité d'une instruction] (1) [Pouvoirs du tribunal] Si le jugement sommaire est refusé ou n'est accordé qu'en partie, le tribunal peut rendre une ordonnance dans laquelle il précise les faits pertinents qui ne sont pas en litige et les questions qui doivent être instruites. Il peut également ordonner que l'action soit instruite de façon expéditive.

(2) [Directives et conditions] Le tribunal qui ordonne l'instruction d'une action en vertu du paragraphe (1) peut donner les directives ou imposer les conditions qu'il estime justes, et ordonner notamment :

- (a) that each party deliver, within a specified time, an affidavit of documents in accordance with the court's directions;
- (b) that any motions be brought within a specified time;
- (c) that a statement setting out what material facts are not in dispute be filed within a specified time;
- (d) that examinations for discovery be conducted in accordance with a discovery plan established by the court, which may set a schedule for examinations and impose such limits on the right of discovery as are just, including a limit on the scope of discovery to matters not covered by the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them;
- (e) that a discovery plan agreed to by the parties under Rule 29.1 (discovery plan) be amended;
- (f) that the affidavits or any other evidence filed on the motion and any cross-examinations on them may be used at trial in the same manner as an examination for discovery;
- (g) that any examination of a person under Rule 36 (taking evidence before trial) be subject to a time limit;
- (h) that a party deliver, within a specified time, a written summary of the anticipated evidence of a witness;
- (i) that any oral examination of a witness at trial be subject to a time limit;
- (j) that the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit;
- (k) that any experts engaged by or on behalf of the parties in relation to the action meet on a without prejudice basis in order to identify the issues on which the experts agree and the issues on which they do not agree, to attempt to clarify and resolve any issues that are the subject of disagreement and to prepare a joint statement setting out the areas of agreement and any areas of disagreement and the reasons for it if, in the opinion of the court, the cost or time savings or other benefits that may be achieved from the
- a) la remise par chaque partie, dans un délai déterminé, d'un affidavit de documents conformément aux directives du tribunal;
- b) la présentation des motions dans un délai déterminé;
- c) le dépôt, dans un délai déterminé, d'un exposé des faits pertinents qui ne sont pas en litige;
- d) le déroulement des interrogatoires préalables conformément à un plan d'enquête préalable établi par le tribunal, dans lequel un calendrier des interrogatoires peut être fixé et des limites au droit à l'interrogatoire préalable qui sont justes peuvent être imposées, y compris la limitation de l'enquête préalable à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits ou les autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et dans les contre-interrogatoires sur ceux-ci;
- e) la modification d'un plan d'enquête préalable convenu par les parties en application de la Règle 29.1 (plan d'enquête préalable);
- f) l'utilisation, à l'instruction, des affidavits ou des autres éléments de preuve présentés à l'appui de la motion et des contre-interrogatoires sur ceux-ci comme s'il s'agissait d'interrogatoires préalables;
- g) la limitation de la durée de tout interrogatoire d'une personne prévu à la Règle 36 (obtention de dépositions avant l'instruction);
- h) la remise par une partie, dans un délai déterminé, d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin;
- i) la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin à l'instruction;
- j) la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin;
- k) la rencontre, sous toutes réserves, des experts engagés par les parties ou en leur nom relativement à l'action pour déterminer les questions en litige sur lesquelles ils s'entendent et celles sur lesquelles ils ne s'entendent pas, pour tenter de clarifier et régler toute question en litige qui fait l'objet d'un désaccord et pour rédiger une déclaration conjointe exposant les sujets d'entente et de désaccord ainsi que les motifs de ceux-ci, s'il estime que les économies de temps ou d'argent ou les autres avantages qui peuvent

meeting are proportionate to the amounts at stake or the importance of the issues involved in the case and,

- (i) there is a reasonable prospect for agreement on some or all of the issues, or
- (ii) the rationale for opposing expert opinions is unknown and clarification on areas of disagreement would assist the parties or the court;
- (l) that each of the parties deliver a concise summary of his or her opening statement;
- (m) that the parties appear before the court by a specified date, at which appearance the court may make any order that may be made under this subrule;
- (n) that the action be set down for trial on a particular date or on a particular trial list, subject to the direction of the regional senior judge;
- (o) for payment into court of all or part of the claim; and
- (p) for security for costs.

(3) [Specified Facts] At the trial, any facts specified under subrule (1) or clause (2)(c) shall be deemed to be established unless the trial judge orders otherwise to prevent injustice.

(4) [Order re Affidavit Evidence] In deciding whether to make an order under clause (2)(j), the fact that an adverse party may reasonably require the attendance of the deponent at trial for cross-examination is a relevant consideration.

(5) [Order re Experts, Costs] If an order is made under clause (2)(k), each party shall bear his or her own costs.

(6) [Failure To Comply With Order] Where a party fails to comply with an order under clause (2)(o) for payment into court or under clause (2)(p) for security for costs, the court on motion of the opposite party may dismiss the action, strike out the statement of defence or make such other order as is just.

(7) Where on a motion under subrule (6) the statement of defence is struck out, the defendant shall be deemed to be noted in default.

en découler sont proportionnels aux sommes en jeu ou à l'importance des questions en litige dans la cause et que, selon le cas :

- (i) il y a des perspectives raisonnables d'en arriver à un accord sur une partie ou l'ensemble des questions en litige,
- (ii) le fondement des opinions d'experts contraires est inconnu et qu'une clarification des questions faisant l'objet d'un désaccord aiderait les parties ou le tribunal;
- l) la remise par chacune des parties d'un résumé concis de sa déclaration préliminaire;
- m) la comparution des parties devant le tribunal au plus tard à une date déterminée, comparution au cours de laquelle le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'autorise le présent paragraphe;
- n) l'inscription de l'action pour instruction à une date donnée ou son inscription à un rôle donné, sous réserve des directives du juge principal régional;
- o) la consignation de la totalité ou d'une partie de la somme demandée;
- p) le versement d'un cautionnement pour dépens.

(3) [Faits précisés] Lors de l'instruction, les faits précisés conformément au paragraphe (1) ou à l'alinéa (2)c) sont réputés établis, à moins que le juge du procès n'ordonne autrement afin d'éviter une injustice.

(4) [Ordonnance : déposition par affidavit] Lorsqu'il est décidé si une ordonnance doit être rendue en vertu de l'alinéa (2)j), le fait qu'une partie opposée peut être fondée à exiger la présence du déposant à l'instruction pour le contre-interroger constitue un facteur pertinent.

(5) [Ordonnance : experts, dépens] Si une ordonnance est rendue en vertu de l'alinéa (2)k), chaque partie paie ses propres dépens.

(6) [Défaut de se conformer à l'ordonnance] Si une partie ne se conforme pas à une ordonnance de consignation prévue à l'alinéa (2)o) ou à une ordonnance de cautionnement pour dépens prévue à l'alinéa (2)p), le tribunal peut, sur motion de la partie adverse, rejeter l'action, radier la défense ou rendre une autre ordonnance juste.

(7) Si la défense est radiée sur motion présentée en application du paragraphe (6), le défendeur est réputé constaté en défaut.

20.06 [Costs Sanctions For Improper Use Of Rule] The court may fix and order payment of the costs of a motion for summary judgment by a party on a substantial indemnity basis if,

- (a) the party acted unreasonably by making or responding to the motion; or
- (b) he party acted in bad faith for the purpose of delay.

20.07 [Effect of Summary Judgment] A plaintiff who obtains summary judgment may proceed against the same defendant for any other relief.

20.08 [Stay of Execution] Where it appears that the enforcement of a summary judgment ought to be stayed pending the determination of any other issue in the action or a counterclaim, crossclaim or third party claim, the court may so order on such terms as are just.

20.09 [Application to Counterclaims, Crossclaims And Third Party Claims] Rules 20.01 to 20.08 apply, with necessary modifications, to counterclaims, crossclaims and third party claims.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondents: Heydary Hamilton, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ontario Trial Lawyers Association: Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.

20.06 [Condamnation aux dépens pour usage abusif de la règle] Le tribunal peut fixer les dépens d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire sur une base d'indemnisation substantielle et en ordonner le paiement par une partie si, selon le cas :

- a) la partie a agi déraisonnablement en présentant la motion ou en y répondant;
- b) la partie a agi de mauvaise foi dans l'intention de causer des retards.

20.07 [Effet du jugement sommaire] Le demandeur qui obtient un jugement sommaire peut poursuivre le même défendeur pour d'autres mesures de redressement.

20.08 [Sursis d'exécution] Le tribunal, s'il constate qu'il devrait être sursis à l'exécution d'un jugement sommaire en attendant le règlement d'une autre question en litige dans l'action, d'une demande reconventionnelle, d'une demande entre défendeurs ou d'une mise en cause, peut ordonner le sursis à des conditions justes.

20.09 [Application aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause] Les règles 20.01 à 20.08 s'appliquent, avec les modifications nécessaires, aux demandes reconventionnelles, aux demandes entre défendeurs et aux mises en cause.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intimés : Heydary Hamilton, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Ontario Trial Lawyers Association : Allan Rouben, Toronto; SBMB Law, Richmond Hill, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Evans Sweeny Bordin, Hamilton; Sotos, Toronto.

TAB 13

**Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada, Local 30** *Appellant*

**Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier,
section locale 30** *Appelant*

v.

c.

Irving Pulp & Paper, Limited *Respondent*

Pâtes & Papier Irving, Limitée *Intimée*

and

et

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Canadian National Railway Company,
Canadian Pacific Railway Company,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Communications, Energy and Paperworkers
Union of Canada, Local 707,
Canadian Civil Liberties Association,
Alliance of Manufacturers & Exporters
of Canada, carrying on business as
Canadian Manufacturers & Exporters,
Canadian Mining Association,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Québec Mining Association,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association
and Power Workers' Union** *Interveners*

**Construction Owners Association of Alberta,
Construction Labour Relations —
an Alberta Association, Enform,
Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada,
Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée,
Via Rail Canada Inc.,
Alberta Federation of Labour,
Syndicat canadien des communications,
de l'énergie et du papier, section locale 707,
Association canadienne des libertés civiles,
Alliance des Manufacturiers et Exportateurs
du Canada, faisant affaire sous le nom de
Manufacturiers et Exportateurs du Canada,
Association minière du Canada,
Mining Association of British Columbia,
Mining Association of Manitoba Inc.,
Association minière du Québec,
Ontario Mining Association,
Saskatchewan Mining Association et
Power Workers' Union** *Intervenants*

**INDEXED AS: COMMUNICATIONS, ENERGY AND
PAPERWORKERS UNION OF CANADA, LOCAL 30 v.
IRVING PULP & PAPER, LTD.**

**RÉPERTORIÉ : SYNDICAT CANADIEN DES
COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER,
SECTION LOCALE 30 c. PÂTES & PAPIER IRVING, LTÉE**

2013 SCC 34

2013 CSC 34

File No.: 34473.

N° du greffe : 34473.

2012: December 7; 2013: June 14.

2012 : 7 décembre; 2013 : 14 juin.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and
Wagner JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges
LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis et Wagner.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Labour relations — Arbitration — Collective agreements — Management rights — Privacy — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees — Whether unilaterally implementing random testing policy a valid exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether employer could unilaterally implement policy absent reasonable cause or evidence of workplace alcohol abuse.

Administrative law — Judicial review — Standard of review of labour arbitration board's decision — Employer unilaterally imposing mandatory random alcohol testing policy for employees holding safety-sensitive positions — Whether arbitration board's decision that harm to employees' privacy outweighed policy's benefits to employer was reasonable.

The Union brought a grievance challenging the mandatory random alcohol testing aspect of a policy on alcohol and drug use that the employer, Irving, unilaterally implemented at a paper mill. Under the policy, 10% of employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol attracted significant disciplinary action, including dismissal.

The arbitration board allowed the grievance. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of the employees, a majority of the board concluded that the random testing policy was unjustified because of the absence of evidence of an existing problem with alcohol use in the workplace. On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is that any rule or policy unilaterally imposed by

Relations du travail — Arbitrage — Conventions collectives — Droits de la direction — Protection de la vie privée — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés — La mise en œuvre unilatérale d'une politique de tests aléatoires constitue-t-elle un exercice valide des droits de la direction de l'employeur prévus par une convention collective? — L'employeur peut-il mettre en œuvre unilatéralement une politique sans motif raisonnable ou preuve démontrant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision d'un conseil d'arbitrage — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une politique de tests aléatoires obligatoires de dépistage d'alcool aux employés occupant un poste à risque — La décision du conseil d'arbitrage selon laquelle l'atteinte à la vie privée des employés l'emporte sur les avantages qu'offre la politique à l'employeur est-elle raisonnable?

Le Syndicat a déposé un grief pour contester le volet sur les tests obligatoires aléatoires de dépistage d'alcool d'une politique sur la consommation d'alcool et de drogues que l'employeur, Irving, avait mise en œuvre unilatéralement à son usine de papier. Suivant cette politique, au cours d'une année, 10 % des employés qui occupent un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif allait emporter des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement.

Le conseil d'arbitrage a accueilli le grief. Après avoir mis en balance l'intérêt de l'employeur à mener des tests aléatoires de dépistage d'alcool comme mesure de sécurité en milieu de travail, d'une part, et l'atteinte à l'intérêt des employés à l'égard de leur vie privée, d'autre part, une majorité du conseil a conclu que la politique de tests aléatoires n'était pas justifiée vu l'absence d'éléments de preuve révélant l'existence d'un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Les juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La question juridique au cœur du présent litige est celle de l'interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective veut que la règle

an employer and not subsequently agreed to by the union must be consistent with the collective agreement and be reasonable.

A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees’ privacy rights. This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse.

A unilaterally imposed policy of mandatory random testing for employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences.

In this case, the expected safety gains to the employer were found by the board to range from uncertain to minimal, while the impact on employee privacy was severe. The board concluded that eight alcohol-related incidents at the Irving mill over a 15-year period did not reflect the requisite problem with workplace alcohol use. Consequently, the employer had not demonstrated the requisite safety concerns that would justify universal random testing. As a result, the employer exceeded the scope of its rights under the collective agreement.

ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable.

Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l’exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts » soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l’employé n’est passible d’une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l’employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d’adopter une telle règle l’emporte sur l’incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l’employeur peut faire subir un test à un employé s’il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l’alcoolisme ou la toxicomanie.

Les arbitres ont rejeté massivement l’imposition unilatérale d’une politique de tests obligatoires aléatoires s’appliquant aux employés d’un lieu de travail dangereux, estimant qu’il s’agissait d’une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf s’il existe des indices d’un risque accru pour la sécurité, comme un problème généralisé d’alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. La dangerosité d’un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l’analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité. Les tribunaux n’ont jamais jugé qu’elle justifie automatiquement l’imposition unilatérale d’un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d’emporter des sanctions disciplinaires.

En l’espèce, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur se situaient dans la fourchette entre incertains et minimes, tandis que l’atteinte à la vie privée des employés était grave. Selon le conseil d’arbitrage, huit incidents liés à la consommation d’alcool et survenus à l’usine Irving sur une période de 15 ans ne révélaient pas le degré jugé suffisant de problème de consommation d’alcool en milieu de travail. Par conséquent, l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de préoccupations en ce qui a trait à la sécurité qui justifierait l’application universelle de tests aléatoires. Par conséquent, l’employeur a outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective.

The applicable standard for reviewing the decision of the labour arbitrator is reasonableness. The board's decision must be approached as an organic whole, not as a line-by-line treasure hunt for error. In this case, based on the findings of fact and the relevant jurisprudence, the decision was a reasonable one.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver J.J. (dissenting): There is agreement with the majority that the standard of review is reasonableness. However, there is disagreement as to the application of that standard. In striking down the policy, the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. In so doing, it came to an unreasonable decision.

This case asks whether management's exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is one the New Brunswick legislature has delegated to labour arbitrators. Their decisions are entitled to a protected zone of deference in which the courts should not willingly enter as competing arbiters of labour policy. Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety. Indeed, the fact that the public interest — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a reassessment of that choice. But that decision is one for the New Brunswick legislature, not this Court.

Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as this one is — it remains liable to being set aside on judicial review.

Where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. Therefore, arbitral precedents in previous cases concerning management's unilateral adoption of a random alcohol testing policy shape the contours of what qualifies as a reasonable decision in this case.

La norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable. Il faut considérer la sentence arbitrale comme un tout et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur. En l'espèce, compte tenu des conclusions de faits et de la jurisprudence pertinente, la décision du conseil arbitrale était raisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. Toutefois, il y a désaccord quant à l'application de cette norme. En annulant la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable.

Il s'agit en l'espèce de déterminer si la direction peut être justifiée, par application d'une convention collective, d'exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Il s'agit d'une question que l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a déléguée aux arbitres en droit du travail. Ainsi, leurs décisions commandent la déférence et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu'arbitres d'une politique de travail. Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres la fonction d'adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique. En effet, la reconnaissance que l'intérêt du public — et non simplement celui de l'employeur et de l'employé — est pertinent dans des cas comme celui-ci pourrait commander une réévaluation de ce choix. Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour.

Quoi qu'il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme celle en l'espèce —, elle est susceptible d'être annulée à l'issue du contrôle judiciaire.

Lorsqu'il y a consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L'uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Par conséquent, la jurisprudence arbitrale antérieure portant sur l'adoption unilatérale d'une politique de dépistage aléatoire d'alcool a établi les limites de ce qui constitue une décision raisonnable en l'espèce.

The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards established by the arbitral jurisprudence. In this case, the only standard in dispute was the reasonableness of the policy. The key question is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate reasonableness and thereby justify its random alcohol testing policy.

From a review of the relevant arbitral decisions, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate evidence of an alcohol problem in the workplace in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies and those who have struck them down. Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, that is the evidentiary threshold the board in this case should have applied. That is not, however, what the board did.

Though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy and offered no reason for doing so. The board required evidence of a “significant” or “serious” problem at the Irving mill. The standard reflected in the arbitral consensus, however, is evidence of “a” problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored. The board then required that the evidence of alcohol use be tied or causally linked to the accident, injury or near miss history at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. An employer does not have to wait for a serious incident of loss, damage, injury or death to occur before taking action. To require such a causal connection is not only unreasonable, it is patently absurd. It is the application of this higher evidentiary standard which dictated the board’s decision to strike down the policy. The evidence was the decisive factor.

To be clear, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so.

La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l’employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes établies par cette jurisprudence. En l’espèce, la seule norme en cause était celle du caractère raisonnable de la politique. La question clé est le seuil de preuve que l’employeur était tenu de présenter afin de s’acquitter de son fardeau de démontrer la raisonnable et de justifier par le fait même sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool.

Le constat qui se dégage, par conséquent, de l’examen des décisions pertinentes est qu’il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des indices de consommation d’alcool en milieu de travail pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Il s’agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé de telles politiques et par ceux qui les ont annulées. Ainsi, à défaut d’avoir expliqué pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, il s’agit de celui que le conseil aurait dû appliquer en l’espèce. Mais, ce n’est pas ce qu’il a fait.

Bien qu’il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil a élevé le seuil de preuve qu’Irving était tenu de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool, sans toutefois motiver sa décision. Le conseil a exigé la preuve d’un « problème important » ou d’un « problème grave » à l’usine Irving. La norme qui se dégage du consensus arbitral est plutôt celle de la preuve de l’existence d’un « problème ». La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée. Le conseil a ensuite exigé que l’élément de preuve démontrant l’existence d’un problème d’alcool soit lié aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — survenus à l’usine ou ait un lien de causalité avec ceux-ci. Encore une fois, cette exigence n’est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. L’employeur ne doit pas attendre qu’un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès, ne survienne avant de prendre des mesures. Exiger que l’employeur établisse un tel lien de causalité est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. C’est l’application de cette norme plus élevée qui a dicté la conclusion du conseil en l’espèce d’annuler la politique. La preuve était le facteur déterminant.

Bref, il était loisible au conseil en l’espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu’il eût un motif raisonnable de le

In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable.

The reasonableness of the board's reasoning is further undermined by its inference that the risk at the Irving mill was not high based on the fact that only 10% of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. The inference was unreasonable because it failed to recognize that: even low testing percentages can be highly effective; testing a higher percentage of employees in order to establish the reasonableness of a workplace testing policy would perversely incentivize employers and lead to a greater intrusion into the privacy of employees; and the threshold set by Irving is not out of the mainstream for random alcohol testing.

In sum, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. In the absence of any explanation whatsoever, it is impossible to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

Cases Cited

By Abella J.

Referred to: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

faire. Ainsi, il incombait au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu'il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l'espèce, a rendu sa décision déraisonnable.

L'inférence tirée par le conseil voulant que le risque fût peu élevé à l'usine Irving parce que seulement 10 % des employés de l'usine occupant des postes à risque allaient subir des tests au cours d'une année donnée a également miné la raisonnablement du raisonnement du conseil. L'inférence était déraisonnable parce qu'elle ne tenait pas compte du fait que : même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces; faire subir un test à un pourcentage plus élevé d'employés afin d'établir la raisonnablement d'une politique de tests de dépistage en milieu de travail inciterait abusivement les employeurs à agir ainsi et mènerait à une intrusion plus grande dans la vie privée des employés; le seuil établi par Irving n'est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d'alcool.

En résumé, le conseil a dérogé au critère juridique s'étant dégagé du consensus arbitral en élevant le seuil de preuve qu'Irving était tenue de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. En l'absence d'une quelconque explication, il est impossible de comprendre pourquoi le conseil pensait qu'il était raisonnable d'agir comme il l'a fait. Dans les circonstances de l'espèce, sa décision n'appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240; *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25; *Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers*,

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix; *Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399.

By Rothstein and Moldaver JJ. (dissenting)

Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994] B.C.C.A.A.A.

Local 636 (1974), 5 L.A.C. (2d) 285; *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239, autorisation d'appel refusée, [1990] 2 R.C.S. ix; *Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69; *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146; *St. James-Assiniboia Teachers' Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636; *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424; *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (non publié); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399.

Citée par les juges Rothstein et Moldaver (dissidents)

Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614, [1994]

No. 244 (QL); *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000 (unreported); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL); *Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18; *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341; *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193; *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257; *Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668; *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL); *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL); *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*,

18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

49 C.F.R. Part 382 (2001) (U.S.).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1), 77(1).
Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).
Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.S.W.).
Railway Safety Act 2005 (I.).

Authors Cited

Borack, Jules I. “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”. San Diego: Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on National Health and Welfare*, including “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., 1987, p. 25.

Canada. Minister of National Health and Welfare. “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto: Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

United States. Department of Transportation. “Current Random Testing Rates” (2013) (online: <http://www.dot.gov>).

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J. and Turnbull and

27 mai 2000 (non publié); *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

49 C.F.R. Part 382 (2001) (É.-U.).
Charte canadienne des droits et libertés.
Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, art. 48(12)(j).
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 32(1), 55(1), 77(1).
Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012, No. 662 (N.-G.S.).
Railway Safety Act 2005 (I.).

Doctrine et autres documents cités

Borack, Jules I. « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs ». San Diego : Navy Personnel Research and Development Center, 1998.

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, 4th ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated March 2013, release 29).

Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social*, y compris « Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., 1987, p. 31.

Canada. Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social. « Réponse du gouvernement au rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue : Comment diminuer leur consommation au Canada ». Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.

États-Unis. Department of Transportation. « Current Random Testing Rates » (2013) (online : <http://www.dot.gov>).

Keith, Norm, and Ailsa Jane Wiggins. *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Mitchnick, Morton, and Brian Etherington. *Labour Arbitration in Canada*, 2nd ed. Toronto : Lancaster House, 2012.

Snyder, Ronald M. *Collective Agreement Arbitration in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les

Robertson J.J.A.), 2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] N.B.J. No. 230 (QL), 2011 CarswellNB 356, affirming a decision of Grant J., 2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] N.B.J. No. 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, setting aside an award of an arbitration board, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver J.J. dissenting.

Daniel Leger, David Mombourquette and Joël Michaud, for the appellant.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw and William Goss, Q.C., for the respondent.

Barbara B. Johnston and April Kosten, for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association and Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette and Johanne Cavé, for the interveners the Canadian National Railway Company, the Canadian Pacific Railway Company and Via Rail Canada Inc.

Written submissions only by *Ritu Khullar and John Carpenter*, for the intervener the Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, for the intervener the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707.

Joshua S. Phillips and Karen Ensslen, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins and Anna Abbott, for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters.

juges Turnbull et Robertson), 2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, 348 D.L.R. (4th) 105, 30 Admin. L.R. (5th) 269, 216 L.A.C. (4th) 418, 969 A.P.R. 92, [2011] A.N.-B. n^o 230 (QL), 2011 CarswellNB 357, qui a confirmé une décision du juge Grant, 2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, 199 L.A.C. (4th) 321, 946 A.P.R. 234, [2010] A.N.-B. n^o 331 (QL), 2010 CarswellNB 494, qui a infirmé une sentence d'un conseil d'arbitrage, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver sont dissidents.

Daniel Leger, David Mombourquette et Joël Michaud, pour l'appelant.

Neil Finkelstein, Steven Mason, Brandon Kain, Byron Shaw et William Goss, c.r., pour l'intimée.

Barbara B. Johnston et April Kosten, pour les intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association et Enform.

Robert Dupont, Simon-Pierre Paquette et Johanne Cavé, pour les intervenantes la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada Inc.

Argumentation écrite seulement par *Ritu Khullar et John Carpenter*, pour l'intervenante Alberta Federation of Labour.

Ritu Khullar, pour l'intervenant le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Norman A. Keith, Ailsa Jane Wiggins et Anna Abbott, pour l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada.

Peter A. Gall, Q.C., Andrea Zwack and Melanie Vipond, for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence and Christopher M. Dassios, for the intervener the Power Workers' Union.

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Privacy and safety are highly sensitive and significant workplace interests. They are also occasionally in conflict. This is particularly the case when the workplace is a dangerous one.

[2] In a unionized workplace, these issues are usually dealt with in the course of collective bargaining. If an employer, however, decides not to negotiate safety measures before implementing them, and if those measures have disciplinary consequences for employees, the employer must bring itself within the scope of the management rights clause of the collective agreement.

[3] The legal issue at the heart of this case is the interpretation of the management rights clause of a collective agreement. This is a labour law issue with clear precedents and a history of respectful recognition of the ability of collective bargaining to responsibly address the safety concerns of the workplace — and the public.

[4] A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context, resulting in a carefully calibrated “balancing of interests” proportionality approach. Under it, and built around the

Peter A. Gall, c.r., Andrea Zwack et Melanie Vipond, pour les intervenantes l'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l'Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association.

Andrew K. Lokan, Emily Lawrence et Christopher M. Dassios, pour l'intervenant Power Workers' Union.

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — La vie privée et la sécurité sont des intérêts liés au milieu de travail à la fois très importants et très délicats. Ils entrent aussi parfois en conflit, tout particulièrement lorsque le lieu de travail est dangereux.

[2] Dans un milieu de travail syndiqué, ces questions sont habituellement traitées dans le cadre de la négociation collective. Toutefois, si un employeur choisit de mettre en place des mesures de sécurité sans les négocier au préalable et si ces mesures emportent des sanctions disciplinaires pour les employés, il doit s'assurer qu'elles relèvent de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction.

[3] La question juridique au cœur du présent litige est celle de l'interprétation de la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction. C'est une question relevant du droit du travail qui a fait l'objet de précédents clairs et d'un historique de reconnaissance respectueuse que les négociations collectives peuvent traiter de manière responsable des enjeux de sécurité en milieu de travail — ainsi que de ceux relatifs à la sécurité du public.

[4] Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l'exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts »

hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees' privacy rights. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise.

[5] This approach has resulted in a consistent arbitral jurisprudence whereby arbitrators have found that when a workplace is dangerous, an employer can test an individual employee if there is reasonable cause to believe that the employee was impaired while on duty, was involved in a workplace accident or incident, or was returning to work after treatment for substance abuse. In the latter circumstance, the employee may be subject to a random drug or alcohol testing regime on terms negotiated with the union.

[6] But a unilaterally imposed policy of mandatory, random and unannounced testing for *all* employees in a dangerous workplace has been overwhelmingly rejected by arbitrators as an unjustified affront to the dignity and privacy of employees unless there is reasonable cause, such as a general problem of substance abuse in the workplace. This body of arbitral jurisprudence is of course not binding on this Court, but it is nevertheless a valuable benchmark against which to assess the arbitration board's decision in this case.

[7] It cannot be seriously challenged, particularly since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, that the applicable standard for reviewing the decision of a labour arbitrator is reasonableness (*Dunsmuir*, at para. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 31 and 42; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*

soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l'employé n'est passible d'une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l'employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d'adopter une telle règle l'emporte sur l'incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. La dangerosité d'un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l'analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité.

[5] De cette démarche a résulté une jurisprudence arbitrale constante suivant laquelle, dans un lieu de travail dangereux, l'employeur peut faire subir un test à un employé s'il a un motif raisonnable de croire que ce dernier a eu les facultés affaiblies dans l'exercice de ses fonctions, a été impliqué dans un accident ou un incident de travail ou reprend du service après avoir suivi un traitement pour combattre l'alcoolisme ou la toxicomanie. Dans ce dernier cas, l'employé peut être assujéti à un régime de tests aléatoires de dépistage de drogue et d'alcool dont le syndicat aura négocié les modalités.

[6] Toutefois, les arbitres ont rejeté massivement l'imposition unilatérale d'une politique de tests obligatoires, aléatoires et sans préavis s'appliquant à *tous* les employés d'un lieu de travail dangereux, estimant qu'il s'agissait d'une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés, sauf si cette politique repose sur un motif raisonnable, comme un problème généralisé d'alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail. Cette jurisprudence arbitrale ne lie certes pas la Cour. Elle constitue néanmoins une référence utile pour évaluer la décision du conseil d'arbitrage en l'espèce.

[7] On ne peut plus sérieusement contester, tout particulièrement depuis l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, que la norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du travail est celle de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 68; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31 et 42; *Newfoundland*

v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board), 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708).

[8] In a thoughtful and meticulous decision of almost 80 pages, a majority of the arbitration board in this case, applying the arbitral consensus, concluded that the employer, Irving Pulp & Paper, Limited, exceeded the scope of its management rights under a collective agreement by imposing random alcohol testing in the absence of evidence of a workplace problem with alcohol use. In my view, based on the board's findings of fact and its reliance on the arbitral consensus for determining the scope of the employer's rights under the collective agreement in such circumstances, the decision was a reasonable one.

Background

[9] Irving operates a kraft paper mill in Saint John, New Brunswick. Between 1991 and 2006, Irving had no formal policy with respect to alcohol and drug use at the mill. In 2006, it unilaterally adopted a "Policy on Alcohol and Other Drug Use" under the management rights clause of the collective agreement without any negotiations with the union. The policy imposed drug or alcohol testing for employees holding positions designated by Irving as "safety sensitive".

[10] The policy contained a universal random alcohol testing component, whereby 10% of the employees in safety sensitive positions were to be randomly selected for unannounced breathalyzer testing over the course of a year. A positive test for alcohol, that is, one showing a blood alcohol concentration greater than 0.04%, attracted significant disciplinary action, including dismissal. Failure to submit to testing was grounds for immediate dismissal.

and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor), 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708).

[8] Dans des motifs de décision réfléchis et rédigés méticuleusement de presque 80 pages, la majorité du conseil d'arbitrage qui s'est prononcé en l'espèce a conclu, en appliquant le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, que l'employeur, Pâtes & Papier Irving, Limité, avait outrepassé les droits de la direction que lui confère la convention collective en imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool en l'absence d'indices révélant un problème de consommation d'alcool en milieu de travail. À mon avis, vu les conclusions de fait du conseil d'arbitrage et son application du critère qui fait consensus parmi les arbitres pour déterminer la portée des droits de l'employeur prévus dans la convention collective dans de telles circonstances, la décision était raisonnable.

Contexte

[9] Irving exploite une usine de papier kraft à Saint John, au Nouveau-Brunswick. De 1991 à 2006, l'entreprise n'avait pas de politique officielle traitant de la consommation d'alcool et de drogue à l'usine. En 2006, elle a adopté unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, la [TRADUCTION] « Politique sur la consommation d'alcool et d'autres drogues » en vertu de la clause de la convention collective portant sur les droits de la direction. Suivant cette politique, les employés qui occupaient un poste à risque, selon Irving, étaient tenus de subir un test de dépistage d'alcool ou de drogues.

[10] Un des volets de la politique prévoyait l'application universelle de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Ainsi, au cours d'une année, 10 % de tous les employés qui occupaient un poste à risque allaient être choisis au hasard pour subir l'épreuve de l'éthylomètre sans préavis. Un résultat positif — c'est-à-dire une alcoolémie supérieure à 0,04 % — emporterait des sanctions disciplinaires graves, dont potentiellement le congédiement. Le refus de se soumettre au test justifierait le congédiement immédiat.

[11] Among the employees randomly tested under this aspect of the policy was Perley Day, a member of the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30. Mr. Day was a teetotaler who had not had a drink since 1979. His breathalyzer test revealed a blood alcohol level of zero. The Union filed a grievance on his behalf challenging only the random alcohol testing aspect of the policy.

[12] The rest of the testing policy was not challenged. Under it, employees were subject to mandatory testing if there was reasonable cause to suspect the employee of alcohol or other drug use in the workplace, after direct involvement in a work-related accident or incident, or as part of a monitoring program for any employee returning to work following voluntary treatment for substance abuse.

[13] Mr. Day's inclusion in the class of employees occupying safety sensitive positions was undisputed, as was the fact that the workplace represented a dangerous work environment. However there were only eight documented incidents of alcohol consumption or impairment at the workplace over a period of 15 years from April 1991 to January 2006. Nor were there any accidents, injuries or near misses connected to alcohol use. By December 2008, when the arbitration was heard, the testing policy had been in effect for 22 months, during which not a single employee had tested positive on either a random test or a test for reasonable cause.

[14] The absence of evidence of any real risk related to alcohol led a majority of the board to conclude that there was little benefit to the employer in maintaining the random testing policy. Weighing the employer's interest in random alcohol testing as a workplace safety measure against the harm to the privacy interests of employees, the board therefore allowed the

[11] Perley Day, un membre du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 a été parmi les employés choisis au hasard pour subir le test en vertu de ce volet de la politique. M. Day pratiquait l'abstinence et, partant, n'avait pas consommé une goutte d'alcool depuis 1979. L'éthylomètre a révélé dans son cas une alcoolémie nulle. Le syndicat a déposé un grief en son nom, pour contester uniquement le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool.

[12] Les autres volets de la politique n'ont pas été contestés. Conformément aux autres dispositions en question, un test de dépistage obligatoire serait mené s'il y avait un motif raisonnable de soupçonner qu'un employé avait consommé de l'alcool ou d'autres drogues sur le lieu de travail, après un accident ou un incident de travail dans lequel il avait été directement impliqué ou dans le cadre d'un programme de suivi mis en place pour les employés qui reprenaient du service après un traitement volontaire pour l'alcoolisme ou la toxicomanie.

[13] Il n'est pas contesté que M. Day occupe un poste à risque, ni que le lieu de travail est dangereux. Cela étant dit, au cours de la période de 15 ans s'étendant d'avril 1991 à janvier 2006, seuls huit incidents découlant de la consommation d'alcool ou d'employés aux facultés affaiblies en milieu de travail ont été consignés. De plus, il n'y a eu aucun accident — réel ou évité de justesse — ni blessure causés par la consommation d'alcool. En décembre 2008, soit l'époque où s'est tenue l'audience d'arbitrage, la politique était en vigueur depuis 22 mois, et aucun employé n'avait obtenu de résultat positif, ni par suite d'un test aléatoire, ni par suite d'un test réalisé pour un motif raisonnable.

[14] L'absence de quelque élément de preuve que ce soit révélant un risque réel lié à la consommation d'alcool a mené les arbitres majoritaires à conclure qu'il n'était guère avantageux pour l'employeur de maintenir sa politique de tests de dépistage aléatoires. Après avoir mis en balance l'intérêt de ce dernier à mener de tels tests comme mesure de sécurité en milieu de travail et l'atteinte à l'intérêt

grievance and concluded that the random testing policy was unjustified:

The question is now one of proportionality. What needs to be measured are the benefits that will accrue to the employer through the application of the random alcohol testing policy against the harm that will be done to the employee's right to privacy. If the random alcohol testing policy is to be justified, these must be in proportion. Here the employer's scheme gets into heavier weather.

In a word, on the evidence I heard, I do not conclude that any significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use has been demonstrated to exist in this workplace. Taken with the low testing percentages, I believe it is likely that the employer's policy will seldom, if ever, identify any employee with a blood alcohol concentration over the 0.04% Policy cut-off limit. I therefore see little or no concrete advantage to the employer to be gained through the random alcohol testing policy.

On the other side of the balance scale, I have to consider the employee's right to privacy. Rights to privacy and to the related right of security of the person are important and prized incidents of Canadian citizenship. Reactions to invasions of them tend to be prompt, visceral, instinctive and uniformly negative. When the testing is random — that is, without articulable cause — as it is here, an already high bar is raised even higher. This considerably increases the burden of justification on the employer.

The invasion of that privacy by the random alcohol testing policy is not a trifle. It effects a significant inroad. Specifically, it involves a bodily intrusion and the surrender of bodily substances. It involves coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. As we saw with Mr. Day, there can be an element of public embarrassment. Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

des employés à l'égard de leur vie privée, le conseil d'arbitrage a accueilli le grief et conclu que le volet relatif aux tests aléatoires n'était pas justifié :

[TRADUCTION] La question concerne maintenant la proportionnalité. Ce qu'il faut évaluer, ce sont les avantages que procure à l'employeur l'application de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool par rapport à l'atteinte au droit à la vie privée de l'employé visé. Pour que la politique se justifie, il faut que ces éléments soient proportionnés. C'est là où, pour le régime adopté par l'employeur, le bât blesse.

En un mot, au vu de la preuve qui m'a été présentée, je ne peux conclure que l'existence dans ce lieu de travail d'un degré significatif d'augmentation du risque pour la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés a été démontrée. Compte tenu du faible pourcentage d'employés testés, j'estime que l'application de la politique permettra probablement rarement, voire jamais, de signaler un employé dont l'alcoolémie serait supérieure au seuil de 0,04 % prévu dans la politique. Par conséquent, j'estime que la politique relative aux tests aléatoires de dépistage d'alcool présente peu d'avantage concret pour l'employeur, voire aucun.

Dans l'autre plateau de la balance se trouve le droit de l'employé au respect de la vie privée, que je dois également soupeser. Le droit à la vie privée et le droit à la sécurité de sa personne, qui y est connexe, constituent des attributs importants et prisés de la citoyenneté canadienne. Les réactions que provoque l'atteinte à ces droits ont tendance à être immédiates, viscérales, instinctives et uniformément négatives. Si le test est aléatoire — c'est-à-dire qu'il ne résulte pas d'un motif précis — comme en l'espèce, le critère, déjà exigeant, est alors davantage resserré. Le fardeau de justification qui incombe à l'employeur s'en trouve considérablement accru.

L'atteinte à la vie privée que cause la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool n'est pas bénigne. Il s'agit d'un empiétement considérable. Plus précisément, elle implique une atteinte à l'intégrité physique et la production de substances corporelles. Elle implique la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l'employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l'éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d'haleine. Comme dans le cas de M. Day, la procédure peut causer un certain embarras public. Si on considère l'ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d'autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

On the evidence, the gains likely to result to the employer from random alcohol testing rule[s] run from uncertain to exist at all to minimal at best. The inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence. The employer has not been able to tilt the balance in its favour and therefore justify the imposition of random alcohol testing as a proportionate response to a demonstrated incremental risk caused by the attendance of employees at work with alcohol in their bodies. I therefore find that the random alcohol testing provisions of the *Policy* do not meet the *KVP* reasonableness test, and for that reason are unenforceable. That portion of the *Policy* therefore must be, and hereby is set aside. [Emphasis added; A.R., vol. IV, at pp. 71-73.]

[15] On judicial review, the board's award was set aside as unreasonable because of the dangerousness of the workplace. The New Brunswick Court of Appeal dismissed the appeal. The court applied a bifurcated standard of review. It applied a correctness standard to the board's analytical framework for determining the validity of the employer's random alcohol testing policy and a reasonableness standard to the board's factual findings. Using this segmented approach, the Court of Appeal substituted its own legal framework and concluded that no balancing of interests was required in a dangerous workplace, whether or not it was unionized. As a result, it held that employers can unilaterally impose random alcohol testing in any dangerous workplace, unionized or non-unionized, without having to show reasonable cause, such as evidence of an existing problem with alcohol use. It also found the board's findings regarding the degree of dangerousness at the workplace to be unreasonable.

[16] In my respectful view, the Court of Appeal erred in disregarding this Court's direction that decisions of labour arbitrators be reviewed for reasonableness and that deference be paid to their

Au vu de la preuve, les avantages susceptibles de découler, pour l'employeur, de la règle imposant des tests aléatoires de dépistage d'alcool se situent dans la fourchette entre incertains et minimes, au mieux. L'empiètement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve. L'employeur n'a pas réussi à faire pencher la balance en sa faveur et, de ce fait, à justifier une telle règle comme s'il s'agissait d'une réponse proportionnée à une augmentation démontrée du risque qu'entraînerait la présence sur le lieu de travail d'employés ayant consommé de l'alcool. Par conséquent, j'estime que les clauses relatives aux tests aléatoires de dépistage d'alcool prévues dans la *Politique* ne sont pas conformes au critère du caractère raisonnable énoncé dans *KVP* et qu'elles sont de ce fait inapplicables. Ainsi, cette partie de la *Politique* est écartée, comme il se doit. [Italiques ajoutés; d.a., vol. IV, p. 71-73.]

[15] À l'issue du contrôle judiciaire, la sentence arbitrale a été annulée après avoir été jugée déraisonnable vu la dangerosité du lieu de travail. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté l'appel. Elle a appliqué une norme de contrôle en deux volets. Elle a d'abord appliqué la norme de la décision correcte au cadre d'analyse utilisé par le conseil d'arbitrage pour évaluer la validité de la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool. Puis, elle a appliqué la norme de la décision raisonnable aux conclusions de fait du conseil d'arbitrage. Suivant cette démarche segmentée, la Cour d'appel a substitué son propre cadre juridique à celui du conseil d'arbitrage et déterminé que la mise en balance des intérêts n'était pas nécessaire dans le cas d'un lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou pas. Par conséquent, elle a reconnu à l'employeur le droit d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool dans tout lieu de travail dangereux, que les employés y soient syndiqués ou non, sans qu'il ait à démontrer qu'un motif raisonnable, par exemple des indices d'un problème généralisé d'alcoolisme, le justifie. La Cour d'appel a également jugé déraisonnables les conclusions du conseil d'arbitrage sur la dangerosité du lieu de travail.

[16] À mon avis, la Cour d'appel a fait fi à tort de la directive donnée par la Cour selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qu'il faut appliquer au contrôle judiciaire de la décision d'un

legal and factual findings when they are interpreting collective agreements. This misapplication of the standard of review led the Court of Appeal away from its required task of determining whether the board's decision fell within a range of reasonable outcomes, and towards a substitution of its own views as to the proper legal framework and factual findings. It also led the court essentially to disregard the remarkably consistent arbitral jurisprudence for balancing safety and privacy in a dangerous workplace, and to impose instead a novel, unfettered and automatic remedy outside the existing consensus and expectations in the labour relations community about how these issues are to be approached under a collective agreement.

Analysis

[17] At the outset, it is important to note that since we are dealing with a workplace governed by a collective agreement, that means that the analytical framework for determining whether an employer can unilaterally impose random testing is determined by the arbitral jurisprudence. Cases dealing with random alcohol or drug testing in *non-unionized* workplaces under human rights statutes are, as a result, of little conceptual assistance (*Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] It may be tempting to suggest that dangerous unionized workplaces should be beyond the reach of the collective bargaining regime, freeing an employer both from the duty to negotiate with the union and from the terms of the collective agreement. This suggests, Cassandra-like and evidence-free, that collective bargaining is the altar on which public and workplace safety is sacrificed and that only employers have the capacity to address these concerns.

arbitre en droit du travail et selon laquelle les conclusions de droit et de fait tirées par ce dernier dans l'interprétation d'une convention collective appellent la déférence. En se trompant dans l'application de la norme de contrôle, la Cour d'appel a omis de déterminer, comme elle le devait, si la décision du conseil d'arbitrage faisait partie des issues raisonnables et elle a plutôt substitué à la sentence son propre avis sur le bon cadre juridique ainsi que ses conclusions de fait. En outre, cette erreur a essentiellement mené la Cour d'appel à faire fi de la jurisprudence arbitrale remarquablement constante sur la mise en balance de la sécurité d'une part et de la vie privée d'autre part dans un lieu de travail dangereux et à imposer une solution de droit nouvelle et d'application illimitée et automatique qui ne tient pas compte du consensus et des attentes du secteur des relations du travail sur la façon d'aborder ces questions sous le régime d'une convention collective.

Analyse

[17] D'entrée de jeu, il importe de signaler que puisqu'il est question ici d'un milieu de travail régi par une convention collective, le cadre d'analyse permettant de déterminer si l'employeur peut imposer unilatéralement des tests aléatoires est issu de la jurisprudence arbitrale. Partant, les affaires portant sur le droit de procéder à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue en milieu de travail *non syndiqué* tranchées sur le fondement de lois sur les droits de la personne ne sont guère utiles sur le plan conceptuel (*Entrop c. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.)).

[18] D'aucuns pourraient être tentés de suggérer que le milieu de travail syndiqué soit soustrait au régime de négociation collective s'il est dangereux, ce qui libérerait l'employeur de l'obligation de négocier avec le syndicat ainsi que des dispositions de la convention collective. Cela laisse sous-entendre que, comme Cassandra et sans preuve, la négociation collective est l'autel sur lequel sont sacrifiées la sécurité du public et celle du milieu de travail et que seuls les employeurs ont la capacité de répondre à ces préoccupations.

[19] But the reality is that the task of negotiating workplace conditions, both on the part of unions and management, as well as the arbitrators who interpret the resulting collective agreement, has historically — and successfully — included the delicate, case-by-case balancing required to preserve public safety concerns while protecting privacy. Far from leaving the public at risk, protecting employees — who are on the front line of any danger — necessarily also protects the surrounding public. To suggest otherwise is a counter-intuitive dichotomy.

[20] And this without any evidence that dangerous workplaces that are unionized have experienced *any*, let alone a disproportionate number of, accidents resulting from collectively bargaining safety measures. It also assumes that no balancing is required at all once a finding is made that a workplace is dangerous. This not only negates any recognition of the significant privacy interests at play, it wrongly assumes that when there is no collective agreement, an employer is free to exercise its own discretion about worker safety. All provinces have legislation protecting worker safety, thereby restricting an employer's wishes. And, as we saw in *Entrop*, even in a non-unionized workplace, an employer must justify the intrusion on privacy resulting from random testing by reference to the particular risks in a particular workplace. There are different analytic steps involved, but both essentially require attentive consideration and balancing of the safety and privacy interests.

[21] As the board recognized, the only possible source of the employer's asserted right to impose random alcohol testing unilaterally was the management rights clause in the collective agreement:

[19] Or, en réalité, la tâche de négocier les conditions de travail, tant pour les syndicats que pour les dirigeants, de même que pour les arbitres chargés d'interpréter les conventions collectives qui en découlent, a historiquement — et avec succès — compris l'exercice délicat de mise en balance, au cas par cas, que requiert la sauvegarde de la sécurité publique et la protection de la vie privée. Loin de mettre le public en danger, la protection des employés — qui sont aux premières loges devant le danger — prémunit aussi nécessairement le public environnant. Suggérer qu'il en est autrement ne revient qu'à exprimer une dichotomie contre-intuitive.

[20] Cette suggestion a par ailleurs été formulée sans aucune preuve que la négociation collective des mesures de sécurité s'est traduite, dans les lieux de travail dangereux où les employés sont syndiqués, par *un seul* accident — encore moins par un nombre disproportionné d'accidents. En outre, suivant cette thèse, aucune mise en balance ne serait nécessaire dès lors qu'il a été conclu que le lieu de travail est dangereux. Non seulement ce serait faire fi des intérêts importants en jeu liés à la vie privée, mais ce serait aussi présumer, à tort, qu'en l'absence de convention collective, l'employeur peut faire à sa guise en matière de sécurité du personnel. Or, toutes les provinces ont adopté des lois pour assurer la protection des employés, limitant de ce fait la volonté de l'employeur. Et, comme le dit *Entrop*, même dans un milieu non syndiqué, l'employeur est tenu de justifier l'atteinte à la vie privée qui découle de l'imposition de tests aléatoires en précisant les risques qui surviennent dans le lieu de travail donné. L'analyse comporte différentes étapes, mais toutes deux exigent essentiellement un examen attentif et la mise en balance des intérêts liés à la sécurité d'une part et à la vie privée d'autre part.

[21] Comme l'a reconnu le conseil d'arbitrage, la seule source possible dont peut émaner le droit revendiqué par l'employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool est la clause de la convention collective prévoyant les droits de la direction.

4.01. The Union recognizes and acknowledges that it is the right of the Company to operate and manage its business subject to the terms and provisions of this agreement.

The legal issue, as a result, is whether implementing a random alcohol testing policy was a valid exercise of the employer's management rights under the collective agreement.

[22] When employers in a unionized workplace unilaterally enact workplace rules and policies, they are not permitted to “promulgate unreasonable rules and then punish employees who infringe them” (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), at p. 247; see also *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] This constraint arises because an employer may only discharge or discipline an employee for “just cause” or “reasonable cause” — a central protection for employees. As a result, rules enacted by an employer as a vehicle for discipline must meet the requirement of reasonable cause (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), at pp. 288-89; see also *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), at p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), at paras. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at paras. 10.1 and 10.96).

[24] The scope of management's unilateral rule-making authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The heart of the “KVP test”, which

[TRANSDUCTION]

4.01. Le syndicat reconnaît que la société a le droit d'exploiter et de diriger ses affaires, sous réserve des modalités de la présente entente.

Ainsi, la question juridique est celle de savoir si l'adoption d'une politique prévoyant des tests aléatoires de dépistage d'alcool constituait un exercice valide des droits de la direction que la convention collective confère à l'employeur.

[22] En milieu de travail syndiqué, l'employeur qui impose unilatéralement des règles et des politiques ne peut pas [TRANSDUCTION] « adopter des règles déraisonnables pour ensuite punir les employés qui les violent » (*Re United Steelworkers, Local 4487 & John Inglis Co. Ltd.* (1957), 7 L.A.C. 240 (Laskin), p. 247; voir également *Re United Brewery Workers, Local 232, & Carling Breweries Ltd.* (1959), 10 L.A.C. 25 (Cross)).

[23] Cette contrainte découle du fait qu'un employeur ne peut congédier un employé ni lui imposer de sanctions disciplinaires que pour un « motif valable » ou un « motif raisonnable » — une protection essentielle pour les employés. Partant, les règles adoptées par l'employeur en matière disciplinaire sont assujetties à l'exigence du motif raisonnable (*Re Public Utilities Commission of the Borough of Scarborough and International Brotherhood of Electrical Workers, Local 636* (1974), 5 L.A.C. (2d) 285 (Rayner), p. 288-289; voir également *United Electrical, Radio, and Machine Workers of America, Local 524, in re Canadian General Electric Co. Ltd. (Peterborough)* (1951), 2 L.A.C. 688 (Laskin), p. 690; *Re Hamilton Street Railway Co. and Amalgamated Transit Union, Division 107* (1977), 16 L.A.C. (2d) 402 (Burkett), par. 9-10; Ronald M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), par. 10.1 et 10.96).

[24] L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965),

is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable (Donald J. M. Brown and David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520).

[25] The *KVP* test has also been applied by the courts. Tarnopolsky J.A. launched the judicial endorsement of *KVP* in *Metropolitan Toronto (Municipality) v. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), leave to appeal refused, [1990] 2 S.C.R. ix, concluding that the “weight of authority and common sense” supported the principle that “all company rules with disciplinary consequences must be reasonable” (pp. 257-58 (emphasis in original)). In other words:

The Employer cannot, by exercising its management functions, issue unreasonable rules and then discipline employees for failure to follow them. Such discipline would simply be without reasonable cause. To permit such action would be to invite subversion of the reasonable cause clause. [p. 257]

[26] Subsequent appellate decisions have accepted that rules unilaterally made in the exercise of management discretion under a collective agreement must not only be consistent with the agreement, but must also be reasonable if the breach of the rule results in disciplinary action (*Charlottetown (City) v. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (P.E.I.S.C. (App. Div.)), at para. 17; see also *N.A.P.E. v. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, at para. 34; *St. James-Assiniboia Teachers’ Assn. No. 2 v. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, at paras. 19-28).

16 L.A.C. 73 (Robinson). L’élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l’employeur, à laquelle le syndicat n’a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable (Donald J. M. Brown et David M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520).

[25] Le critère énoncé dans *KVP* a également été appliqué par les tribunaux judiciaires. En appel, le juge Tarnopolsky a été le premier à l’adopter, *Metropolitan Toronto (Municipality) c. C.U.P.E.* (1990), 74 O.R. (2d) 239 (C.A.), autorisation de pourvoi refusée, [1990] 2 R.C.S. ix. Dans cette affaire, il a conclu que [TRADUCTION] « le poids de cette jurisprudence arbitrale et du bon sens » étayait le principe selon lequel « toutes les règles d’une société emportant des sanctions disciplinaires doivent être raisonnables » (p. 257-258 (en italique dans l’original)). Autrement dit :

[TRADUCTION] L’employeur ne peut, dans l’exercice de ses fonctions de direction, adopter des règles déraisonnables et imposer ensuite des sanctions disciplinaires aux employés qui ne les respectent pas. De telles mesures disciplinaires ne découleraient tout simplement pas d’un motif raisonnable. Permettre pareil procédé équivaudrait à pervertir la clause du motif raisonnable. [p. 257]

[26] Par la suite, d’autres cours d’appel ont souscrit à la notion que les règles adoptées unilatéralement par la direction dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont elle jouit au titre de la convention collective doivent être non seulement conformes à cette dernière, mais également raisonnables dès lors que le manquement emporte une sanction disciplinaire (*Charlottetown (City) c. Charlottetown Police Association* (1997), 151 Nfld. & P.E.I.R. 69 (C.S.Î.-P.-É. (Div. app.)), par. 17; voir également *N.A.P.E. c. Western Avalon Roman Catholic School Board*, 2000 NFCA 39, 190 D.L.R. (4th) 146, par. 34; *St. James-Assiniboia Teachers’ Assn. No. 2 c. St. James-Assiniboia School Division No. 2*, 2002 MBCA 158, 222 D.L.R. (4th) 636, par. 19-28).

[27] In assessing *KVP* reasonableness in the case of unilaterally imposed employer rules or policies affecting employee privacy, arbitrators have used a “balancing of interests” approach. As the intervener the Alberta Federation of Labour noted:

Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer’s policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer’s policy can include assessing such things as the nature of the employer’s interests, any less intrusive means available to address the employer’s concerns, and the policy’s impact on employees. [I.F., at para. 4]

[28] In the earliest privacy cases using a balancing of interests approach, arbitrators generally found that employers could only exercise a unilateral management right to search an individual employee’s personal effects if there was a reasonable suspicion that the employee had committed theft. Universal random searches — that is, random searches of the entire workforce — were rejected as unreasonable unless there was a workplace problem with theft and the employer had exhausted less intrusive alternative measures for addressing the problem (Morton Mitchnick and Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2nd ed. 2012), at pp. 308-9; Brown and Beatty, at topic 7:3625).

[29] The balancing of interests approach was subsequently applied in assessing the reasonableness of unilaterally imposed employer policies calling for universal random drug or alcohol testing of all employees performing safety sensitive work. Universal random testing refers to the testing of individual employees randomly selected from all or some portion of the workforce. As in the search cases, arbitrators rejected unilaterally imposed universal random testing policies as unreasonable unless there had been a workplace problem with

[27] Pour évaluer le caractère raisonnable — au sens où ce terme était entendu dans la sentence arbitrale *KVP* — d’une règle ou d’une politique imposée unilatéralement par l’employeur et ayant une incidence sur la vie privée de l’employé, les arbitres ont adopté une démarche axée sur la « mise en balance des intérêts ». Comme le fait remarquer l’Alberta Federation of Labour, intervenante en l’espèce :

[TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l’employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l’employeur, de l’existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l’employeur ainsi que de l’incidence de la politique sur les employés. [m.i., par. 4]

[28] Dans les premières affaires mettant en cause le droit à la vie privée et auxquelles on a appliqué la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, les arbitres ont en général conclu que l’employeur n’était autorisé à exercer unilatéralement son droit de fouiller les effets personnels d’un employé que s’il avait un motif raisonnable de soupçonner ce dernier de vol. Les fouilles aléatoires universelles — c’est-à-dire les fouilles pratiquées au hasard sur l’ensemble du personnel — ont été jugées déraisonnables et rejetées, à moins qu’un problème de vol en milieu de travail ne sévisse et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens moins attentatoires de régler le problème (Morton Mitchnick et Brian Etherington, *Labour Arbitration in Canada* (2^e éd. 2012), p. 308-309; Brown et Beatty, sujet 7:3625).

[29] Par la suite, la démarche axée sur la mise en balance des intérêts a servi à évaluer le caractère raisonnable de politiques imposées unilatéralement par l’employeur et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque. On entend par imposition universelle de tests aléatoires le fait de faire subir des tests de dépistage à des employés choisis au hasard parmi la totalité ou une partie de la main-d’œuvre. Comme dans le cas des fouilles, les arbitres ont tenu pour déraisonnables les politiques imposées

substance abuse and the employer had exhausted alternative means for dealing with the abuse.

[30] In a workplace that is dangerous, employers are generally entitled to test individual employees who occupy safety sensitive positions without having to show that alternative measures have been exhausted if there is “reasonable cause” to believe that the employee is impaired while on duty, where the employee has been directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee is returning to work after treatment for substance abuse. (See *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), at pp. 377-78; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), at p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), at pp. 170 and 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), at para. 37(b)-(d).)

[31] But the dangerousness of a workplace — whether described as dangerous, inherently dangerous, or highly safety sensitive — is, while clearly and highly relevant, only the beginning of the inquiry. It has never been found to be an automatic justification for the unilateral imposition of unfettered random testing with disciplinary consequences. What has been additionally required is evidence of enhanced safety risks, such as evidence of a general problem with substance abuse in the workplace.

[32] The blueprint for dealing with dangerous workplaces is found in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (“*Nanticoke*”), a case involving a grievance of the employer’s random drug testing policy at an oil refinery, which the parties acknowledged was

unilatéralement et prévoyant l’imposition universelle de tests aléatoires et les ont rejetées, à moins qu’un problème d’alcoolisme ou de toxicomanie n’ait sévi le milieu de travail et que l’employeur n’ait épuisé les autres moyens de le régler.

[30] Dans un lieu de travail dangereux, l’employeur est généralement autorisé à faire subir un test de dépistage à un employé occupant un poste à risque sans qu’il soit nécessaire de démontrer qu’il a épuisé les autres moyens s’il a un « motif raisonnable » de croire que l’employé a les facultés affaiblies dans l’exercice de ses fonctions, a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou s’il reprend du service après avoir suivi un traitement pour l’alcoolisme ou la toxicomanie. (Voir *Esso Petroleum Canada and C.E.P., Loc. 614, Re* (1994), 56 L.A.C. (4th) 440 (McAlpine); *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher), p. 377-378; *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor), p. 109; *Navistar Canada, Inc. and C.A.W., Local 504 (Re)* (2010), 195 L.A.C. (4th) 144 (Newman), p. 170 et 177; *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves), par. 37(b)-(d).)

[31] Cela étant dit, la dangerosité d’un lieu de travail — que ce dernier soit décrit comme dangereux, intrinsèquement dangereux ou à grand risque —, bien que manifestement fort pertinente, ne constitue que la première étape de l’examen. Les tribunaux n’ont jamais jugé qu’elle justifie automatiquement l’imposition unilatérale d’un régime illimité de tests aléatoires susceptibles d’emporter des sanctions disciplinaires. Ils ont plutôt requis que l’employeur prouve l’existence de risques accrus pour la sécurité, comme des indices d’un problème généralisé d’alcoolisme ou de toxicomanie en milieu de travail.

[32] Le modèle applicable aux lieux de travail dangereux a été établi dans *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (« *Nanticoke* »), une affaire découlant d’un grief à l’encontre de la politique adoptée par l’employeur et prévoyant l’imposition de tests aléatoires de

highly safety sensitive. Arbitrator Michel Picher summarized the principles emerging from 20 years of arbitral jurisprudence under the *KVP* test for both drug *and* alcohol testing:

- *No employee can be subjected to random, unannounced alcohol or drug testing, save as part of an agreed rehabilitative program.*
- *An employer may require alcohol or drug testing of an individual where the facts give the employer reasonable cause to do so.*
- *It is within the prerogatives of management's rights under a collective agreement to also require alcohol or drug testing following a significant incident, accident or near miss, where it may be important to identify the root cause of what occurred.*
- *Drug and alcohol testing is a legitimate part of continuing contracts of employment for individuals found to have a problem of alcohol or drug use. As part of an employee's program of rehabilitation, such agreements or policies requiring such agreements may properly involve random, unannounced alcohol or drug testing generally for a limited period of time, most commonly two years. In a unionized workplace the Union must be involved in the agreement which establishes the terms of a recovering employee's ongoing employment, including random, unannounced testing. This is the only exceptional circumstance in which the otherwise protected employee interest in privacy and dignity of the person must yield to the interests of safety and rehabilitation, to allow for random and unannounced alcohol or drug testing. [Emphasis added; para. 100.]*

[33] There can, in other words, be testing of an individual employee who has an alcohol or drug problem. *Universal*, random testing, however, is far from automatic. The reason is explained by Arbitrator Picher in *Nanticoke* as follows:

dépistage de drogue au sein d'une raffinerie de pétrole, un lieu de travail à grand risque comme le reconnaissaient les parties. L'arbitre, Michel Picher, a résumé en ces termes les principes issus de 20 ans de jurisprudence arbitrale ayant appliqué le critère énoncé dans *KVP* pour les tests de dépistage de drogues *et* d'alcool :

[TRADUCTION]

- *Aucun employé ne peut être assujéti sans préavis à des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue sauf dans le cadre d'un programme de réadaptation concerté.*
- *L'employeur peut exiger qu'une personne subisse un test de dépistage d'alcool ou de drogue si les faits révèlent l'existence d'un motif raisonnable le justifiant.*
- *Le pouvoir d'imposer également des tests de dépistage d'alcool ou de drogue à la suite d'un incident grave ou d'un accident, réel ou évité de justesse, dont il pourrait importer de connaître la cause, relève également des droits de la direction prévus par la convention collective.*
- *Le contrat d'emploi continu d'une personne alcoolique ou toxicomane peut légitimement prévoir une clause portant sur le dépistage de drogue et d'alcool. Dans le cadre du programme de réadaptation de l'employé, l'entente ou la politique exigeant la conclusion d'une telle entente peut à juste titre prévoir l'application sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, en général pendant une période limitée, soit deux ans dans la plupart des cas. En milieu de travail syndiqué, le syndicat doit participer à la conclusion de l'entente qui régit l'emploi continu de l'employé qui se rétablit après un traitement, et qui prévoit notamment l'imposition sans préavis de tests aléatoires. Il s'agit là des seules circonstances exceptionnelles dans lesquelles l'intérêt de l'employé à l'égard de sa vie privée et de la dignité de sa personne, par ailleurs protégé, doit céder le pas à la sécurité et à la réadaptation de manière à permettre l'imposition sans préavis de tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue. [Italiques ajoutés; par. 100.]*

[33] Autrement dit, il est possible de faire subir un test à un employé alcoolique ou toxicomane. Par contre, l'application *universelle* de tests aléatoires est loin d'aller de soi. Dans la sentence arbitrale *Nanticoke*, l'arbitre Picher explique pourquoi en ces termes :

... a key feature of the jurisprudence in the area of alcohol or drug testing in Canada is that arbitrators have overwhelmingly rejected mandatory, random and unannounced drug testing for all employees in a safety sensitive workplace as being an implied right of management under the terms of a collective agreement. *Arbitrators have concluded that to subject employees to an alcohol or drug test when there is no reasonable cause to do so, or in the absence of an accident or near miss and outside the context of a rehabilitation plan for an employee with an acknowledged problem is an unjustified affront to the dignity and privacy of employees which falls beyond the balancing of any legitimate employer interest, including deterrence and the enforcement of safe practices. In a unionized workplace, such an extraordinary incursion into the rights of employees must be expressly and clearly negotiated.* It is not to be inferred solely from general language describing management rights or from language in a collective agreement which enshrines safety and safe practices. [Emphasis added; para. 101.]

[34] Significantly, Arbitrator Picher acknowledged that the application of the balancing of interests approach could permit general random testing “in some extreme circumstances”:

It may well be that the balancing of interests approach ... would allow for general random, unannounced drug testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control drug culture taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. That might well constitute a form of “for cause” justification.

(*Nanticoke*, at para. 127)

[35] In the case before him, however, since there was no evidence of a substance abuse problem at the oil refinery, the random drug testing component of the policy was found to be unjustified (*Nanticoke*, at para. 127). His decision was upheld as reasonable by the Ontario Court of Appeal (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union*

[TRADUCTION] ... selon une des principales caractéristiques de la jurisprudence en matière de dépistage d'alcool et de drogue au Canada, les arbitres rejettent massivement la thèse selon laquelle l'application obligatoire et sans préavis de tests aléatoires à l'ensemble des employés d'un lieu de travail à risque relève d'un droit de la direction prévu implicitement par une convention collective. *Les arbitres ont conclu que l'imposition de tests de dépistage d'alcool ou de drogue sans motif raisonnable le justifiant ou sans que soit survenu un accident — réel ou évité de justesse — et en dehors d'un programme de réadaptation adopté à l'égard d'un employé souffrant d'un problème reconnu de dépendance constitue une atteinte injustifiée à la dignité et à la vie privée des employés qui va au-delà de la mise en balance de l'intérêt légitime de l'employeur, notamment en ce qui concerne la dissuasion et l'application de pratiques sécuritaires. En milieu de travail syndiqué, tel empiétement extraordinaire sur les droits des employés doit clairement et expressément faire l'objet de négociations.* Il ne saurait s'inférer uniquement des termes généraux décrivant les droits de la direction ou du libellé des dispositions de la convention collective relatives à la sécurité et aux pratiques sécuritaires. [Italiques ajoutés; par. 101.]

[34] Fait notable, l'arbitre Picher a reconnu que, suivant la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, l'application généralisée de tests aléatoires pourrait être permise [TRADUCTION] « dans certaines circonstances extrêmes » :

Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts [...] permettrait l'application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de drogue dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l'employeur peut démontrer de manière convaincante qu'une culture de toxicomanie débridée est en train d'envahir un lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d'assurer la sécurité en milieu de travail. Cette situation est susceptible de compter parmi les « causes raisonnables ».

(*Nanticoke*, par. 127)

[35] Toutefois, dans le cas dont il était saisi, comme rien ne démontrait l'existence d'un problème de toxicomanie au sein du personnel de la raffinerie de pétrole, il a conclu que le volet de la politique prévoyant l'application de tests aléatoires de dépistage de drogue n'était pas justifié (*Nanticoke*, par. 127). Sa décision a été jugée raisonnable

of Canada, Local 900, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] The balancing of interests approach has not kept employers from enacting comprehensive drug and alcohol policies, which can include rules about drugs and alcohol in the workplace, discipline for employees who break those rules, education and awareness training for employees and supervisors, access to treatment for substance dependence, and after-care programs for employees returning to work following treatment.

[37] But I have been unable to find any cases, either before or since *Nanticoke*, in which an arbitrator has concluded that an employer could unilaterally implement random alcohol or drug testing, even in a highly dangerous workplace, absent a demonstrated workplace problem (*Esso Petroleum*, at pp. 447-48; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, at pp. 385 and 394; *Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL), at para. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), at para. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), at pp. 434-37; *Rio Tinto*, at para. 37(a) and (d)).

[38] In the only two arbitration decisions that have upheld random alcohol testing, the employers were

et confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668).

[36] La démarche axée sur la mise en balance des intérêts n'a pas empêché certains employeurs d'adopter des politiques détaillées relatives aux drogues et à l'alcool dont certaines dispositions peuvent notamment régir la consommation ou la possession de drogue et d'alcool dans le lieu de travail, prévoir des sanctions disciplinaires applicables aux employés qui contreviennent aux règles ainsi que des programmes de formation et de sensibilisation à l'intention des employés et des superviseurs, tout comme le renvoi à des traitements pour l'alcoolisme ou la toxicomanie et à des programmes de suivi pour les employés qui reprennent du service après un traitement.

[37] Pourtant, je n'ai trouvé aucune affaire, ni avant *Nanticoke*, ni depuis, dans laquelle un arbitre aurait conclu au droit d'un employeur d'imposer unilatéralement des tests aléatoires de dépistage d'alcool ou de drogue, même dans un lieu de travail très dangereux, sans indices démontrant un problème à cet égard (*Esso Petroleum*, p. 447-448; *Metropol Security, a division of Barnes Security Services Ltd. and U.S.W.A., Loc. 5296 (Drug and Alcohol testing) (Re)* (1998), 69 L.A.C. (4th) 399; *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237; *Canadian National*, p. 385 et 394; *Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL), par. 30; *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers' Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL), par. 77; *Petro-Canada Lubricants Centre (Mississauga) and Oakville Terminal and C.E.P., Local 593 (Re)* (2009), 186 L.A.C. (4th) 424 (Kaplan), p. 434-437; *Rio Tinto*, par. 37(a) et (d)).

[38] Suivant les deux seules sentences arbitrales ayant confirmé l'application de tests aléatoires de

found to be justified in implementing random alcohol testing for employees in safety sensitive positions because there was a demonstrated general problem with alcohol use in a dangerous workplace (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, Chair, May 27, 2000, unreported (“*Strathcona*”); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“*GTAA*”)).

[39] In *Strathcona*, the arbitrator upheld the termination of an employee in a safety sensitive position at an oil refinery who tested positive on a random alcohol test. Imperial Oil Limited had implemented the random testing policy after surveying employees across all its facilities about alcohol-related incidents and near misses. According to the survey, the plant operations group that included the grievor’s position had a disproportionately high rate of accidents due to substance abuse, with 2.7% of employees reporting that they had personally had near misses due to substance use in the previous 12 months. The arbitrator accepted the survey results as a “rational and sufficient foundation for the random testing Policy” (p. 73). He concluded that “there is evidence of a problem with alcohol use by employees at the Strathcona Refinery” (p. 60). On that basis, he upheld the reasonableness of the random testing policy and the consequential discipline.

[40] In *GTAA*, the employer had a random alcohol and drug testing policy for individuals occupying safety sensitive positions at Pearson International Airport in Toronto. The arbitrator acknowledged that “the safety-sensitive nature of a particular industry [is] not, in itself, sufficient to outweigh the privacy interests of individual employees and to support a regime of random testing” (para. 251) and that

dépistage d’alcool, l’employeur pouvait à bon droit, de l’avis des arbitres, faire subir de tels tests aux employés occupant des postes à risque, en raison d’indices révélant un problème généralisé de consommation d’alcool dans un lieu de travail dangereux (*Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, T. J. Christian, président, 27 mai 2000, décision non publiée (« *Strathcona* »); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« *GTAA* »)).

[39] Dans l’affaire *Strathcona*, l’arbitre a confirmé le congédiement d’un employé qui occupait un poste à risque au sein d’une raffinerie de pétrole parce qu’il avait obtenu un résultat positif à un test aléatoire de dépistage d’alcool. Imperial Oil Limited avait adopté la politique de tests aléatoires après avoir effectué un sondage auprès de ses employés, tous lieux de travail confondus, à propos d’incidents — réels ou évités de justesse — attribuables à la consommation d’alcool. Le sondage avait révélé un taux disproportionnellement élevé d’accidents causés par l’alcoolisme ou la toxicomanie au sein du groupe chargé de l’exploitation des usines dont l’auteur du grief faisait partie. En effet, 2,7 % des employés avaient dit avoir eux-mêmes frôlé l’accident au cours des 12 mois précédant le sondage, en raison de la consommation de drogue ou d’alcool. Selon l’arbitre, les résultats du sondage constituaient un [TRADUCTION] « fondement rationnel suffisant pour justifier la politique de tests aléatoires » (p. 73). Il a conclu que « des indices démontrent l’existence d’un problème de consommation d’alcool par les employés à la raffinerie Strathcona » (p. 60). Par conséquent, il a déclaré la politique et les sanctions disciplinaires infligées raisonnables et les a confirmées.

[40] Dans l’affaire *GTAA*, l’employeur avait adopté une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool et de drogue applicable aux employés occupant des postes à risque à l’aéroport international Pearson, à Toronto. L’arbitre a reconnu que [TRADUCTION] « le risque inhérent à un certain secteur ne l’emporte pas, à lui seul, sur l’intérêt qu’a l’employé à la protection de sa vie privée et ne suffit

“[a]rbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be addressed by less invasive means” (para. 254).

[41] The evidence showed a “pervasive problem” with alcohol (*GTAA*, at para. 262). Both employer and union witnesses testified about numerous occasions when they had seen employees drinking on the job or storing alcohol at work, smelled alcohol on other employees’ breath, or found empty liquor containers on site. There were also concerns that alcohol abuse at work often went unreported. Based on this evidence, the arbitrator concluded that random alcohol testing was a reasonable employer policy. Because there was little evidence of on-the-job *drug* use, however, the random drug testing aspect of the policy was found not to be justified.

[42] This arbitral consensus, which was carefully applied by the board, helps inform why its decision was reasonable on the facts of this case.

[43] The board framed the question using the accepted *KVP* balancing of interests approach: Was the benefit to the employer from the random alcohol testing policy in this dangerous workplace proportional to the harm to employee privacy?

[44] To assess the employer’s side of the balance, the board canvassed the risks that the employer intended to address by random alcohol testing. It examined both the risk associated with the particular grievor’s position as a millwright and the risk associated with the particular workplace. After reviewing the employer’s risk assessments of

pas pour justifier un régime de tests aléatoires » (par. 251). Il a aussi reconnu que les « arbitres exigent des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé de manière moins attentatoire » (par. 254).

[41] Or, selon la preuve, il existait un [TRADUCTION] « problème répandu » d’alcoolisme (*GTAA*, par. 262). Des témoins de l’employeur ainsi que du syndicat ont affirmé avoir vu à plusieurs reprises des employés qui consommaient de l’alcool pendant leurs heures de travail ou en conservaient sur les lieux, avoir senti une haleine d’alcool chez d’autres employés ou avoir trouvé des bouteilles d’alcool vides dans les locaux. En outre, il y avait aussi des soupçons que la consommation d’alcool n’était que rarement signalée. L’arbitre en a conclu au caractère raisonnable de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool adoptée par l’employeur. Cependant, comme la preuve n’a pas établi l’existence d’un problème de consommation de *drogue* en milieu de travail, le volet portant sur le dépistage de cette substance a été déclaré injustifié.

[42] Ce consensus arbitral, soigneusement appliqué par le conseil, aide à comprendre pourquoi sa décision était raisonnable compte tenu des faits de l’espèce.

[43] Le conseil a formulé la question à trancher suivant la démarche reconnue axée sur la mise en balance des intérêts établie dans la sentence arbitrale *KVP* : l’avantage que procure à l’employeur la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans ce lieu de travail dangereux est-il proportionnel à l’atteinte à la vie privée des employés qui découle de son application?

[44] Dans l’analyse des éléments qui étayaient la thèse de l’employeur, le conseil a évalué les risques que ce dernier cherchait à atténuer par les tests aléatoires de dépistage d’alcool. Le conseil s’est penché à la fois sur le risque découlant des fonctions de l’auteur du grief, un mécanicien-monteur, et les risques inhérents au lieu de travail en question.

different safety sensitive positions, the board found that the workplace was “one in which great care must be taken with safe work practices”. There were “risks and dangers in the operations performed both to the incumbent, and to others, as well as to the environment and to property”. The board therefore concluded that “the mill in normal operation is a dangerous work environment”. These conclusions have not been challenged.

[45] But, as previously noted, the fact that a workplace is found to be dangerous does not automatically give the employer the right to impose random testing unilaterally. The dangerousness of the workplace has only justified the testing of particular employees in certain circumstances: where there are reasonable grounds to believe that the employee was impaired while on duty, where the employee was directly involved in a workplace accident or significant incident, or where the employee returns to work after treatment for substance abuse. It has never, to my knowledge, been held to justify random testing, even in the case of “highly safety sensitive” or “inherently dangerous” workplaces like railways (*Canadian National*) and chemical plants (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), or even in workplaces that pose a risk of explosion (*ADM Agri-Industries*), in the absence of a demonstrated problem with alcohol use in that workplace. That is not to say that it is beyond the realm of possibility in extreme circumstances, but we need not decide that in this case.

[46] This obliged the board to consider whether there was evidence of an alcohol-related problem in the workplace. There were eight documented alcohol-related incidents at the mill from April 29, 1991, to January 11, 2006. Only one witness, a former employee, gave any evidence about alcohol use in

Après avoir pris connaissance de l'évaluation des risques effectuée par l'employeur à l'égard de divers postes à risque, le conseil d'arbitrage a conclu que ce lieu de travail [TRADUCTION] « exigeait des pratiques de travail sécuritaires ». Les fonctions accomplies présentaient des « risques et des dangers pour le titulaire du poste, autrui, l'environnement et les biens ». Le conseil d'arbitrage a donc conclu que « l'usine constitue en temps normal un environnement de travail dangereux ». Ces conclusions n'ont pas été contestées.

[45] Or, comme je l'ai signalé précédemment, la conclusion selon laquelle le lieu de travail est dangereux ne se traduit pas automatiquement par le droit, pour l'employeur, d'imposer unilatéralement des tests aléatoires. La dangerosité d'un lieu de travail ne justifie de faire subir des tests qu'à certains employés, dans certaines circonstances, à savoir lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un employé a eu les capacités affaiblies dans l'exercice de ses fonctions, lorsque ce dernier a été impliqué directement dans un accident de travail ou un incident grave ou lorsqu'il reprend du service après avoir subi un traitement pour l'alcoolisme ou la toxicomanie. À ma connaissance, jamais n'a-t-il été conclu que la dangerosité du lieu de travail justifiait l'application de tests aléatoires, même dans le cas d'un emplacement « à grand risque » ou « intrinsèquement dangereux » comme une société de chemins de fer (*Canadian National*) ou une usine de produits chimiques (*DuPont Canada Inc. and C.E.P., Loc. 28-O (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 399), voire un emplacement qui présente un risque d'explosion (*ADM Agri-Industries*), en l'absence d'un problème démontré de consommation d'alcool en milieu de travail. Je n'entends pas par là que ce soit inconcevable dans des circonstances extrêmes, mais nous n'avons pas à trancher cette question en l'espèce.

[46] Par conséquent, le conseil d'arbitrage devait déterminer si des indices révélaient un problème de consommation d'alcool sévissant en milieu de travail. Selon la preuve, entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006, huit incidents attribuables à cette substance sont survenus à l'usine. Seul un témoin,

the workplace, but the board found his evidence to be “dated” and “not persuasive”.

[47] The board concluded that these eight incidents over a 15-year period did not reflect a significant problem with workplace alcohol use. As a result, the board concluded that there was a “very low incremental risk of safety concerns based on alcohol-related impaired performance of job tasks at the site”.

[48] While the employer had argued that deterrence was a major benefit of random alcohol testing, the board was not satisfied that there was any evidence of a deterrent effect at the mill. The only evidence supporting the employer’s view was that of its expert witness, who described deterrence as the main theoretical goal of random alcohol testing policies, but had no information about this particular workplace. In the board’s view, the lack of any positive test results in almost two years of random alcohol testing was equally consistent with the opposite conclusion: that there was no workplace alcohol abuse to deter.

[49] On the other side of the balance was the employee right to privacy. The board accepted that breathalyzer testing “effects a significant inroad” on privacy, involving

coercion and restriction on movement. Upon pain of significant punishment, the employee must go promptly to the breathalyzer station and must co-operate in the provision of breath samples. . . . Taking its results together, the scheme effects a loss of liberty and personal autonomy. These are at the heart of the right to privacy.

un ancien employé, a parlé de consommation de boissons alcoolisées en milieu de travail, mais le conseil d’arbitrage a jugé que ses déclarations étaient [TRADUCTION] « dépassées » et « non convaincantes ».

[47] Selon le conseil d’arbitrage, ces huit incidents sur une période de 15 ans ne révélaient pas un problème grave de consommation d’alcool en milieu de travail. Il a donc conclu à une [TRADUCTION] « très faible augmentation du risque pour la sécurité découlant de la possibilité qu’un employé ait les capacités affaiblies par l’alcool dans l’exercice de ses fonctions à ce lieu de travail ».

[48] Si l’employeur a fait valoir que la dissuasion constituait un des principaux avantages des tests aléatoires de dépistage d’alcool, le conseil d’arbitrage n’a pas été convaincu de l’effet dissuasif de cette politique à l’usine en cause en l’espèce. La seule preuve présentée à l’appui de la thèse de l’employeur provenait de son témoin expert, selon qui la dissuasion constituait le principal objectif, en théorie, d’une politique relative aux tests aléatoires de dépistage d’alcool. Cependant, le témoin expert ne disposait d’aucun renseignement sur le lieu de travail en question. De l’avis du conseil d’arbitrage, le fait que l’application de cette politique ne s’était traduite par aucun résultat positif en près de deux ans pouvait mener tout autant à la conclusion opposée, à savoir qu’il ne sévissait aucun problème d’alcoolisme en milieu de travail nécessitant de tels moyens dissuasifs.

[49] Dans l’autre plateau de la balance se trouve le droit de l’employé à sa vie privée. Le conseil d’arbitrage a reconnu que l’épreuve de l’éthylomètre constitue un [TRADUCTION] « empiètement considérable » sur le droit à la vie privée qui implique

la contrainte ainsi que la restriction de mouvements. Sous peine de sanction grave, l’employé est tenu de se rendre sans délai au poste muni de l’éthylomètre et doit coopérer en fournissant un échantillon d’haleine. [. . .] Si on considère l’ensemble des résultats, le régime emporte une perte de liberté et d’autonomie personnelle, des éléments qui se situent au cœur du droit à la vie privée.

[50] That conclusion is unassailable. Early in the life of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this Court recognized that “the use of a person’s body without his consent to obtain information about him, invades an area of personal privacy essential to the maintenance of his human dignity” (*R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 431-32). And in *R. v. Shoker*, 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399, it notably drew no distinction between drug and alcohol testing by urine, blood or breath sample, concluding that the “seizure of bodily samples is highly intrusive and, as this Court has often reaffirmed, it is subject to stringent standards and safeguards to meet constitutional requirements” (para. 23).

[51] In the end, the expected safety gains to the employer in this case were found by the board to range “from uncertain . . . to minimal at best”, while the impact on employee privacy was found to be much more severe. Consequently, the board concluded that the employer had not demonstrated the requisite problems with dangerousness or increased safety concerns such as workplace alcohol use that would justify universal random testing. Random alcohol testing was therefore held to be an unreasonable exercise of management rights under the collective agreement. I agree.

[52] This is not to say that an employer can never impose random testing in a dangerous workplace. If it represents a proportionate response in light of both legitimate safety concerns and privacy interests, it may well be justified.

[53] Moreover, the employer is not only always free to negotiate drug and alcohol testing policies with the union, as was said in *Nanticoke*, “such an

[50] Cette conclusion est inattaquable. Peu après l’adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, la Cour a reconnu que « l’utilisation du corps d’une personne, sans son consentement, en vue d’obtenir des renseignements à son sujet, constitue une atteinte à une sphère de la vie privée essentielle au maintien de sa dignité humaine » (*R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 431-432). En outre, signalons que, dans l’arrêt *R. c. Shoker*, 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399, la Cour n’a établi aucune distinction entre le prélèvement d’échantillons d’urine, de sang ou d’haleine en vue du dépistage d’alcool ou de drogue et a conclu : « Le prélèvement d’échantillons de substances corporelles est une mesure très envahissante et, comme notre Cour l’a souvent confirmé, il est assujéti à des normes et à des garanties rigoureuses qui permettent de satisfaire aux exigences de la Constitution » (par. 23).

[51] Somme toute, le conseil d’arbitrage est arrivé à la conclusion que les avantages attendus sur le plan de la sécurité pour l’employeur en l’espèce se situaient dans la fourchette [TRADUCTION] « entre incertains et minimes, au mieux », tandis que, comparativement, l’atteinte à la vie privée des employés était bien plus grave. Par conséquent, le conseil d’arbitrage a conclu que l’employeur n’avait pas démontré, comme il le devait, l’existence de problèmes de dangerosité ou de préoccupations accrues en ce qui a trait à la sécurité comme la consommation d’alcool en milieu de travail qui aurait justifié l’application universelle de tests aléatoires. Partant, le conseil a conclu qu’il s’agissait d’un exercice déraisonnable des droits de la direction au titre de la convention collective. Je suis d’accord.

[52] Cela ne signifie pas que l’employeur ne puisse jamais imposer une politique de tests aléatoires dans un lieu de travail dangereux. S’il s’agit d’une réponse proportionnée, à la lumière tant des préoccupations légitimes quant à la sécurité que du droit à la vie privée, une telle politique pourrait fort bien être justifiée.

[53] Qui plus est, non seulement l’adoption par l’employeur d’une politique de dépistage de drogue et d’alcool peut-elle faire l’objet de négociations

extraordinary incursion into the rights of employees *must* be expressly and clearly negotiated” (para. 101 (emphasis added)). But where, as here, the employer proceeds unilaterally without negotiating with the union, it must comply with the time-honoured requirement of showing reasonable cause before subjecting employees to potential disciplinary consequences. Given the arbitral consensus, an employer would be justifiably pessimistic that a policy unilaterally imposing random alcohol testing in the absence of reasonable cause would survive arbitral scrutiny.

[54] The board’s decision should be approached as an organic whole, without a line-by-line treasure hunt for error (*Newfoundland Nurses*, at para. 14). In the absence of finding that the decision, based on the record, is outside the range of reasonable outcomes, the decision should not be disturbed. In this case, the board’s conclusion was reasonable and ought not to have been disturbed by the reviewing courts.

[55] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

[56] ROTHSTEIN AND MOLDAVER JJ. (dissenting) — Where labour and management fail to agree on the introduction of a new workplace policy, legislatures have delegated the task of adjudicating their dispute to labour arbitrators. In this case, a union challenged management’s proactive adoption of a random alcohol testing policy at a paper mill, which the union accepts is inherently dangerous, carrying risks that go beyond the mill’s four corners. An arbitral board struck down the policy.

avec le syndicat, mais, comme il ressort de la sentence arbitrale *Nanticoke*, [TRADUCTION] « [un] tel empiètement extraordinaire sur les droits des employés *doit* clairement et expressément faire l’objet de négociations » (par. 101 (italiques ajoutés)). Or, lorsque, comme en l’espèce, l’employeur procède plutôt unilatéralement, sans négocier avec le syndicat, il est tenu de démontrer l’existence d’un motif raisonnable — une condition établie de longue date — avant d’assujettir les employés à d’éventuelles sanctions disciplinaires. Vu le consensus qui se dégage de la jurisprudence arbitrale, l’employeur ne saurait s’attendre à ce que la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool qu’il impose unilatéralement sans motif raisonnable survive à l’examen par un arbitre.

[54] Il faudrait considérer la sentence arbitrale comme un tout et s’abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur (*Newfoundland Nurses*, par. 14). En l’absence d’une constatation que la sentence, au vu du dossier, se retrouve en dehors du champ des issues possibles raisonnables, elle ne doit pas être modifiée. En l’espèce, la conclusion du conseil d’arbitrage était raisonnable et les cours siégeant en révision n’auraient pas dû intervenir.

[55] Par conséquent, je suis d’avis d’accueillir l’appel avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

[56] LES JUGES ROTHSTEIN ET MOLDAVER (dissidents) — Lorsque des travailleurs et leur employeur ne s’entendent pas sur l’introduction d’une nouvelle politique en milieu de travail, les législatures ont délégué aux arbitres la tâche de trancher leur conflit. En l’espèce, le syndicat a contesté l’adoption proactive par la direction d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool dans une usine de papier qui, le syndicat en convient, est intrinsèquement dangereuse et comporte des risques qui vont au-delà des limites de l’usine. Le conseil d’arbitrage a annulé la politique.

[57] In striking down the policy, we conclude that the board departed from an arbitral consensus that has attempted to strike a balance between competing interests in privacy and safety in the workplace. The board put its thumb on the scales and upset the careful balance established in the arbitral jurisprudence. In so doing, it came to an unreasonable decision. Accordingly, we respectfully dissent from the majority opinion upholding the board's decision.

I. Overview

[58] Irving Pulp & Paper, Limited (“Irving”) operates a paper mill in Saint John, New Brunswick. The mill is located along the banks of the Saint John River, near the point where the river empties into the Bay of Fundy. The mill's operations involve hazardous chemicals and gases, heavy machinery and equipment, high-pressure boilers and steam lines, and high-voltage electric lines. It is uncontroversial that the mill, in normal operation, is a dangerous environment that presents risks not only to the employees of the mill, but also to the public, to property, and to the environment. The evidence discloses that malfunctions at the mill carry “a potential for ‘catastrophic failures’” (board's reasons, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), at para. 101).

[59] On February 1, 2006, Irving adopted a comprehensive policy concerning employee drug and alcohol use at the mill. The company was not unique in this regard. After the Exxon Valdez ran aground in Prince William Sound in 1989, spilling hundreds of thousands of barrels of crude oil into the ocean, Imperial Oil Ltd., the Canadian subsidiary of Exxon Mobil Corporation, began implementing similar policies at its Canadian oil refineries (*Esso Petroleum Canada v. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), at para. 5; *Entrop v. Imperial Oil Ltd.* (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), at para. 5). The operators of dangerous facilities in a variety of other industries have taken

[57] Selon nous, en annulant ainsi la politique, le conseil a fait abstraction d'un consensus auquel étaient parvenus les arbitres, qui ont tenté de trouver un équilibre entre les intérêts opposés de la vie privée et de la sécurité en milieu de travail. Le conseil a fait pencher la balance et a rompu le juste équilibre établi dans la jurisprudence arbitrale. Ce faisant, il a rendu une décision déraisonnable. Par conséquent, avec égards, nous nous dissocions de l'opinion des juges majoritaires qui maintiennent la décision du conseil.

I. Aperçu

[58] Pâtes & Papier Irving, Limitée (« Irving ») exploite une usine de papier à Saint John, au Nouveau-Brunswick. L'usine est située le long des rives de la rivière Saint-Jean, près de l'endroit où celle-ci se vide dans la baie de Fundy. Les activités de l'usine impliquent l'utilisation de produits chimiques et de gaz dangereux, de machinerie et d'équipement lourds, de chaudières et de conduites de vapeur à haute pression ainsi que de lignes électriques haute tension. L'usine, dans ses activités normales, est un milieu dangereux qui présente des risques non seulement pour les employés de l'usine, mais aussi pour le public, les biens et l'environnement. Cela n'est pas contesté. La preuve démontre que le mauvais fonctionnement de l'usine [TRADUCTION] « risquerait de provoquer des “manquements catastrophiques” » (motifs du conseil, [2009] N.B.L.A.A. No. 28 (QL), par. 101).

[59] Le 1^{er} février 2006, Irving a adopté une politique exhaustive concernant la consommation de drogue et d'alcool par les employés à l'usine. La société n'est pas la seule à avoir adopté une telle politique. Après le déversement de l'Exxon Valdez dans la baie du Prince William en 1989 qui a entraîné le déversement de centaines de milliers de tonnes de pétrole brut dans l'océan, Imperial Oil Ltd., la filiale canadienne de l'Exxon Mobil Corporation, a commencé à mettre en œuvre des politiques semblables dans ses raffineries de pétrole canadiennes (*Esso Petroleum Canada c. Communications, Energy & Paperworkers' Union, Local 614*, [1994] B.C.C.A.A.A. No. 244 (QL) (McAlpine), par. 5; *Entrop c. Imperial Oil*

similar steps. See, e.g., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (“C.N.R.”) (rail operations); *Greater Toronto Airports Authority v. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (“GTAA”) (airport ground operations); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminum smelter).

[60] In explaining its decision to employees, Irving said that “the implementation of this policy is one more component of our overall safety program, which minimizes the risks associated with our operations in order to ensure a safe, healthy and productive workplace” (A.R., vol. II, at p. 70). The policy included both proactive and reactive components and addressed various issues from voluntary assessment and rehabilitation to drug and alcohol testing in defined circumstances. One aspect — the one that gave rise to this case — required that employees in designated “Safety Sensitive Positions . . . be subjected to unannounced random tests for alcohol” using a breathalyzer (A.R., vol. II, at p. 76 (emphasis added)). A positive test showing a blood alcohol concentration greater than 0.04 percent would lead to disciplinary action, determined on a case-by-case basis. The policy did not provide for random drug testing. It did require testing of employees in safety-sensitive positions for drug or alcohol use after an accident in the workplace (“post-incident” testing) and where there was a reasonable basis to suspect alcohol or drug use or possession (“reasonable cause” testing).

[61] On March 13, 2006, Perley Day, who worked in the mill’s maintenance department in a safety-sensitive position, was informed by his supervisor that he had been randomly selected for a

Ltd. (2000), 50 O.R. (3d) 18 (C.A.), par. 5). Les exploitants d’établissements dangereux dans divers autres secteurs ont pris des mesures similaires. Voir, p. ex., *Canadian National Railway Co. and C.A.W.-Canada (Re)* (2000), 95 L.A.C. (4th) 341 (M. Picher) (« C.N.R. ») (service ferroviaire); *Greater Toronto Airports Authority c. Public Service Alliance of Canada, Local 0004*, [2007] C.L.A.D. No. 243 (QL) (Devlin) (« GTAA ») (opérations au sol); *Rio Tinto Alcan Primary Metal and C.A.W.-Canada, Local 2301 (Drug and Alcohol Policy) (Re)* (2011), 204 L.A.C. (4th) 265 (Steeves) (aluminerie).

[60] En expliquant sa décision aux employés, Irving a affirmé que [TRADUCTION] « la mise en œuvre de cette politique est un volet supplémentaire de notre programme de sécurité global qui réduit les risques associés à nos activités afin d’assurer un milieu de travail sûr, sain et productif » (d.a., vol. II, p. 70). La politique comportait des volets tant proactifs que réactifs et portait sur diverses questions, comme l’évaluation volontaire, la réhabilitation et les tests de dépistage d’alcool et de drogue dans des circonstances précises. Un aspect — celui à l’origine du présent pourvoi — exigeait que les employés occupant un [TRADUCTION] « poste à risque [doivent] subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool » au moyen d’un éthylomètre (d.a., vol. II, p. 76 (nous soulignons)). Un résultat positif démontrant une alcoolémie supérieure à 0,04 pour 100 emportait des sanctions disciplinaires, déterminées au cas par cas. La politique ne prévoyait pas de tests aléatoires de dépistage de drogue. Elle exigeait par ailleurs de faire subir des tests de dépistage de drogue ou d’alcool aux employés occupant un poste à risque après un accident sur le lieu de travail (tests « post-incident ») et lorsqu’il existait un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé a consommé de l’alcool ou des drogues ou est en possession de telles substances (tests réalisés pour un « motif raisonnable »).

[61] Le 13 mars 2006, Perley Day — qui travaillait au service d’entretien de l’usine et occupait un poste à risque — a été informé par son superviseur qu’il avait été choisi au hasard pour subir l’épreuve

breathalyser by a computer program managed off-site by an independent third party. This upset Mr. Day, who has been a teetotaler since 1979. He nonetheless went along with the test, because failing to do so could have led to disciplinary action. He tested negative. On April 12, Mr. Day's union, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 ("Union"), filed a grievance with Irving on his behalf. Mr. Day grieved that "there was no reasonable grounds to test or a significant accident or incident which would justify such a measure" (A.R., vol. II, at p. 62). At bottom, Mr. Day objected to the random alcohol testing component of the policy; he had no quibble with those aspects concerned with so-called reasonable cause or post-incident testing.

[62] Mr. Day's grievance ultimately went before a labour arbitration board, where a majority of the board set aside the random alcohol testing portion of the company's policy. The board applied what it understood to be the existing test in the arbitral jurisprudence for review of employer rules concerning drug and alcohol testing and concluded that "[t]he inroads into employee privacy are significant and out of proportion to any benefit, actual or reasonably to be expected to be had by the employer and disclosed by the evidence" (para. 123). On judicial review, the court did not take issue with the board's articulation of the legal test, but it quashed the board's decision because it was "unreasonable in that it is not an outcome which is defensible in the context of their earlier findings regarding the dangerous nature of the workplace and the minimally intrusive nature of the testing" (2010 NBQB 294, 367 N.B.R. (2d) 234, at para. 70). On appeal, the New Brunswick Court of Appeal applied a standard of correctness to the board's decision and concluded that the test in the arbitral jurisprudence was flawed because "[e]vidence of an existing alcohol problem in the workplace is unnecessary once the employer's work environment is classified as inherently dangerous" (2011 NBCA 58, 375 N.B.R. (2d) 92, at para. 52). On the strength of its

de l'éthylomètre par un programme informatique géré à l'extérieur de l'usine par un tiers indépendant. Cela a contrarié M. Day qui pratique l'abstinence depuis 1979. Il a néanmoins subi le test, car le défaut de s'y soumettre aurait pu entraîner des sanctions disciplinaires. Le test s'est révélé négatif. Le 12 avril, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 (« syndicat ») qui représente M. Day a déposé un grief en son nom. M. Day a affirmé que [TRADUCTION] « l'employeur n'avait aucun motif raisonnable lui permettant de procéder au test, et aucun accident ni incident importants n'est survenu pour justifier une telle mesure » (d.a., vol. II, p. 62). Au fond, M. Day s'opposait au volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool; il ne contestait pas les aspects concernant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident.

[62] Le grief de M. Day s'est ultimement rendu devant un conseil d'arbitrage, dont la majorité a annulé le volet de la politique portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Le conseil a appliqué ce qu'il croyait être le critère applicable selon la jurisprudence arbitrale pour examiner les règles de l'employeur en matière de tests de dépistage de drogue et d'alcool et a conclu que [TRADUCTION] « [l]'empiètement sur la vie privée de l'employé est considérable et disproportionné par rapport à l'avantage — véritable ou vraisemblable — qu'il procurera à l'employeur selon la preuve » (par. 123). Dans le cadre du contrôle judiciaire, le tribunal n'a pas contesté la formulation, par le conseil, du critère juridique, mais a annulé sa décision parce qu'elle était « déraisonnable [. . .] en ce sens qu'elle n'est pas une issue qui peut se justifier dans le contexte de ses conclusions antérieures sur le danger que présente le lieu de travail et sur l'atteinte minimale portée par les tests de dépistage » (2010 NBBR 294, 367 R.N.-B. (2^e) 234, par. 70). En appel, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a appliqué la norme de la décision correcte à la sentence du conseil et a conclu que le critère énoncé dans la jurisprudence arbitrale était mal fondé parce que « [l]a preuve d'un problème d'alcool existant dans le lieu de travail est inutile dès lors que le

new test, the Court of Appeal found the board's decision incorrect and thus dismissed the appeal.

[63] We would affirm the decisions of the two courts below quashing the board's decision, but do so for different reasons. We agree with the majority that the appropriate standard of review is reasonableness. In our view, however, the board made two findings that are fatal to the reasonableness of its decision. First, though purporting to apply the test emerging from the arbitral consensus, the board misstated an element of the test that was essential to its ultimate decision. More specifically, the board elevated the threshold of evidence that Irving was required to lead in order to justify its random alcohol testing policy, but it offered no reason for doing so. Second, in applying the evidentiary element of the test, the board supported its conclusion by making an unreasonable inference from the factual record. Because these findings rendered the board's decision unreasonable, we would dismiss the appeal and affirm the order of the court below quashing the board's decision.

II. Analysis

[64] At the heart of the dispute between Irving and the Union is the quantum of evidence that the operator of a dangerous workplace is required to introduce before it can exercise its management rights under the parties' collective agreement to adopt a proactive (that is, random) as opposed to a reactive (that is, a reasonable cause or post-incident) alcohol testing policy. In our view, the consensus reflected in the arbitral jurisprudence provides an answer to that question. Before turning to that jurisprudence and the board's departure from it, we begin our analysis with the standard of review, which occupied much attention at the Court of Appeal and before this Court.

milieu de travail de l'employeur est classé dans la catégorie des milieux dangereux par nature » (2011 NBCA 58, 375 R.N.-B. (2^e) 92, par. 52). Sur la foi de ce nouveau critère, la Cour d'appel a conclu que la décision du conseil était mal fondée et a donc rejeté le pourvoi.

[63] Nous sommes d'avis de confirmer les décisions des deux tribunaux d'instance inférieure annulant la décision du conseil, mais pour des raisons différentes. Nous sommes d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de contrôle applicable est celle du caractère raisonnable. À notre avis toutefois, le conseil a tiré deux conclusions qui sont fatales pour le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, bien qu'il ait prétendu avoir appliqué le critère découlant du consensus arbitral, le conseil en a dénaturé un élément qui était essentiel à sa décision définitive. Plus particulièrement, le conseil a élevé le seuil de preuve qu'Irving était tenue de présenter afin de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool, sans toutefois motiver sa décision. Deuxièmement, en appliquant le volet du critère portant sur la preuve, le conseil a étayé sa conclusion en tirant une inférence déraisonnable des faits de l'espèce. Comme ces conclusions ont rendu la décision du conseil déraisonnable, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, de confirmer la décision de la cour d'instance inférieure et d'annuler la décision du conseil d'arbitrage.

II. Analyse

[64] Le conflit entre Irving et le syndicat porte essentiellement sur la quantité d'éléments de preuve que l'exploitant d'un lieu de travail dangereux est tenu de présenter avant de pouvoir exercer le droit de la direction prévu à la convention collective applicable aux parties d'adopter une politique de dépistage d'alcool proactive (c'est-à-dire aléatoire) plutôt que réactive (c'est-à-dire pour un motif raisonnable ou post-incident). À notre avis, le consensus établi par la jurisprudence arbitrale fournit la réponse à cette question. Avant de nous pencher sur cette jurisprudence et sur le défaut du conseil de s'y conformer, nous commencerons par analyser la norme de contrôle, qui a beaucoup retenu l'attention de la Cour d'appel et de la Cour.

A. *The Standard of Review for Labour Arbitration Awards Is Reasonableness*

[65] There is no question in this case about the appropriate standard of review: it is reasonableness. As Fish J. emphasized for a unanimous Court only two years ago, “[p]revailing case law clearly establishes that arbitral awards under a collective agreement are subject, as a general rule, to the reasonableness standard of review” (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 31). This case is no exception.

[66] The Court of Appeal’s conclusion that a standard of correctness is warranted in this case rests, at bottom, on its assertion that “at its core this appeal is of importance to the public at large” (para. 56). With respect, the prospect that this dispute may be of wider public concern because of the risks posed by the mill cannot, on its own, transform the legal question here into a “questio[n] of law that [is] of central importance to the legal system as a whole and that [is] outside the adjudicator’s expertise” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18; see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 55 and 60). On the contrary, this case asks whether management’s exercise of its unilateral rule-making power can be justified under a collective agreement. That question is plainly part of labour arbitrators’ bread and butter. This dispute has little *legal* consequence outside the sphere of labour law and that, not its potential real-world consequences, determines the applicable standard of review.

[67] The privileged position of labour arbitrators is a product of “their distinctive role in fostering peace in industrial relations” (*Nor-Man*, at para. 47),

A. *La norme de contrôle des sentences arbitrales est celle du caractère raisonnable*

[65] La norme de contrôle applicable en l’espèce ne fait aucun doute : il s’agit de celle du caractère raisonnable. Comme l’a souligné le juge Fish au nom de la Cour unanime il y a à peine deux ans, « [l]a jurisprudence dominante établit clairement que, règle générale, les sentences arbitrales rendues en vertu d’une convention collective sont assujetties à la norme de contrôle de la raisonabilité » (*Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 31). L’espèce ne fait pas exception.

[66] La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle la norme de la décision correcte est justifiée en l’espèce repose, au fond, sur son affirmation que « fondamentalement, le présent appel est d’importance pour le grand public » (par. 56). À notre humble avis, la perspective que le présent conflit puisse être d’intérêt public général en raison des risques que présente l’usine ne peut, à elle seule, transformer la question juridique en l’espèce en une « questio[n] de droit qui revê[t] une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui [est] étrangèr[e] au domaine d’expertise du décideur » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18; voir également *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 55 et 60). Au contraire, il s’agit de déterminer si la direction est justifiée, par application d’une convention collective, d’exercer un pouvoir décisionnel unilatéral. Cette question fait manifestement partie du champ d’expertise des arbitres. Le présent conflit a peu de conséquences *juridiques* en dehors du droit du travail et c’est ce qui détermine la norme de contrôle applicable, et non ses conséquences possibles dans le monde réel.

[67] La position privilégiée des arbitres résulte de « leur rôle particulier de promotion de la paix dans les relations industrielles » (*Nor-Man*, par. 47),

which “is important . . . to society as a whole” (*Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 36). Since at least *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, this Court has been unequivocal in emphasizing the respect that courts must show for the legislative choice to delegate such decisions to labour arbitration boards. As Estey J. observed:

The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations

. . . .

What is left is an attitude of judicial deference to the arbitration process. . . . It is based on the idea that if the courts are available to the parties as an alternative forum, violence is done to a comprehensive statutory scheme designed to govern all aspects of the relationship of the parties in a labour relations setting. Arbitration . . . is an integral part of that scheme, and is clearly the forum preferred by the legislature for resolution of disputes arising under collective agreements. [Emphasis added; pp. 718-21.]

[68] As a consequence of this legislative choice, labour arbitrators are entitled to a “protected zone of deference” (*Nor-Man*, at para. 43) in which the courts should not willingly enter as competing “arbiters of labour policy” (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1005, *per* La Forest J.). That is especially so because unwarranted judicial intervention risks short-circuiting negotiations between management and labour by delivering through judicial fiat what the legislature has said should be subject to collective bargaining between the parties.

[69] The Court of Appeal was of the view that “[a]s matter of policy, this Court must decide whether an employer is under an obligation to demonstrate sufficient evidence of an alcohol problem in the workplace before adopting a policy requiring

paix qui « est importante pour [. . .] l’ensemble de la société » (*Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 36). Depuis au moins l’arrêt *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Section locale 219 du Syndicat canadien des travailleurs du papier*, [1986] 1 R.C.S. 704, la Cour a souligné sans équivoque le respect que les tribunaux doivent démontrer à l’égard du choix du législateur de déléguer de telles décisions à des conseils d’arbitrage. Comme l’a fait observer le juge Estey :

L’attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail

. . . .

Il en reste une attitude de respect de la part des juges envers la procédure d’arbitrage. [. . .] Ce respect est fondé sur l’idée que si les parties ont accès aux tribunaux comme autres juridictions, on porte atteinte à un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects du rapport entre les parties dans le cadre des relations de travail. L’arbitrage [. . .] constitue une partie intégrante de ce régime et est clairement la juridiction que la legislature préfère pour le règlement des litiges qui résultent des conventions collectives. [Nous soulignons; p. 718-721.]

[68] En raison de ce choix législatif, les questions auxquelles répondent les arbitres « commandent la déférence » (*Nor-Man*, par. 43), et les tribunaux ne devraient pas intervenir avec désinvolture et agir en tant qu’« arbitres d’une politique de travail » (*CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, p. 1005, le juge La Forest). Cela est particulièrement vrai du fait qu’une intervention judiciaire non justifiée risque de court-circuiter les négociations entre la direction et les travailleurs puisque les tribunaux formuleraient, par décision judiciaire, ce qui, selon le législateur, devrait être le fruit de la négociation collective entre les parties.

[69] La Cour d’appel était d’avis que « [p]our des raisons de principe, notre Cour doit décider si un employeur a l’obligation de démontrer au moyen d’une preuve suffisante l’existence d’un problème d’alcool dans le lieu de travail avant d’adopter une

mandatory random alcohol testing” (para. 52 (emphasis added; emphasis in original deleted)). We respectfully disagree. That policy choice is one that the Legislative Assembly of New Brunswick has delegated to the collective bargaining process and, where disputes emerge, to labour arbitrators, whose decisions the legislature has shielded with a privative clause. See *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, ss. 32(1), 55(1) and 77(1).¹

[70] Reasonable people may well differ about the wisdom of the legislative choice to entrust labour arbitrators — or courts, for that matter — with a policy-making function that potentially carries serious repercussions for public safety and the environment. One leading arbitrator has suggested that the “sensitive treatment” of drug and alcohol testing policies by arbitral boards and human rights tribunals “has given a sufficiently fair and balanced protection to the interests of both employees and employers, so as to avoid the need for the more blunt and draconian alternative of legislative regulation” (*C.N.R.*, at p. 366 (emphasis added)). That may well be the case.

[71] But the fact that the *public interest* — not merely that of employer and employee — is relevant in cases such as this one may counsel a re-assessment of the legislative choice to delegate policy-making for drug and alcohol testing to the collective bargaining process and to labour arbitrators. It is one thing for employers and employees

1 The federal government has similarly adopted a hands-off approach. In response to the government’s announcement of a national drug strategy, Parliament undertook a comprehensive study of drug and alcohol issues in 1986-87. The report of the standing committee charged with studying the matter recommended that “employers not introduce mass or random drug [or alcohol] screening” in the workplace (Standing Committee on National Health and Welfare, “‘Booze, Pills & Dope’: Reducing Substance Abuse in Canada”, No. 28, 2nd Sess., 33rd Parl., October 1987, at p. 25). The government accepted that recommendation (Minister of National Health and Welfare, “Government Response to the Report of the Standing Committee on ‘Booze, Pills & Dope’” (March 1988), at p. 8) and there remains no federal legislation on drug or alcohol testing in the workplace.

politique prescrivant des tests obligatoires et aléatoires de dépistage d’alcool » (par. 52 (nous soulignons; soulignement dans l’original omis)). En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. Il s’agit d’un choix de politique que l’Assemblée législative du Nouveau-Brunswick a délégué aux parties au processus de négociation collective et, lorsque des conflits surviennent, aux arbitres, dont les décisions sont protégées par une clause privative. Voir la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, par. 32(1), 55(1) et 77(1)¹.

[70] Des personnes raisonnables pourraient remettre en question le choix du législateur de confier aux arbitres — ou aux tribunaux d’ailleurs — la fonction d’adopter des politiques qui pourraient avoir des répercussions graves sur la sécurité publique et l’environnement. Un éminent arbitre a indiqué que le [TRADUCTION] « traitement habile » des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool par les conseils d’arbitrage et les tribunaux des droits de la personne « a fourni une protection suffisamment juste et équilibrée aux intérêts tant des employés que des employeurs, afin d’éviter la nécessité de recourir à la réglementation législative, une solution plus brusque et draconienne » (*C.N.R.*, p. 366 (nous soulignons)). Cela pourrait bien être le cas.

[71] Cependant, la reconnaissance que l’*intérêt du public* — et non simplement celui de l’employeur et de l’employé — est pertinent dans des cas comme celui dont nous sommes saisis peut commander une réévaluation du choix du législateur de déléguer aux arbitres et responsables du processus de négociations collectives l’adoption de politiques de tests

1 De même, le gouvernement fédéral a adopté une approche passive. En réponse à l’annonce du gouvernement d’une stratégie nationale antidrogue, le Parlement a réalisé une étude complète sur les problèmes de drogue et d’alcool dans les années 1986-1987. Le rapport du comité permanent chargé d’étudier la question a recommandé que « les employeurs ne soumettent pas [leurs employés] à des tests de dépistage des drogues [ou d’alcool] » dans le lieu de travail (Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social, « Boisson, pilules et drogue : comment diminuer leur consommation au Canada », n° 28, 2^e sess., 33^e lég., octobre 1987, p. 31). Le gouvernement a accepté cette recommandation (ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, « Réponse du gouvernement au premier rapport du Comité permanent sur Boisson, pilules et drogue » (mars 1988), p. 8), et il ne reste plus aucune législation fédérale sur les tests de dépistage de drogue ou d’alcool en milieu de travail.

to negotiate a balance as they see fit with respect to their own privacy and safety. It is a different matter, however, to leave the public interest to the vicissitudes of the bargaining table. Of course, it would be counterintuitive to suggest that employees do not care for their own safety or, indeed, the safety of their neighbours. The point is simply that employees, employers, and the public may each strike the balance between privacy and safety differently. And where disputes between employers and employees emerge, it is not immediately apparent to us why an adjudicative body that is expert in the resolution of private labour disputes, but not in weighing broader considerations concerning the safety and environmental interests of the public at large, is best positioned to serve as the guardian of the public interest. Indeed, nothing in the relevant legislation even requires, let alone suggests, that labour arbitrators should assume this role.

[72] The New Brunswick legislature has within the scope of its legislative authority the power to take drug and alcohol testing outside the purview of the collective bargaining process, as some other legislative bodies have done in certain contexts. See, e.g., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (United States); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (New South Wales); *Railway Safety Act 2005* (Ireland). Indeed, some experts have suggested there is an “overwhelming argument” in this country for “legislative direction and definition that would add consistency, uniformity of meaning, and predictability for all workplace stakeholders” (N. Keith and A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace: An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), at p. 240). That decision, however, is one for the New Brunswick legislature and not for this Court — no matter how strongly we might favour such a step.

de dépistage de drogue et d’alcool. C’est une chose que les employeurs et les employés négocient ce qu’ils estiment être un juste équilibre quant à leur vie privée et leur sécurité. C’en est une autre, cependant, que l’intérêt du public soit soumis aux aléas de la table de négociation. Bien sûr, il serait contre-intuitif de suggérer que les employés ne se préoccupent pas de leur propre bien-être ni, d’ailleurs, de la sécurité de leurs voisins. L’idée, c’est simplement que les employés, les employeurs et le public peuvent chacun mettre en balance à leur façon les questions relatives à la vie privée et celles touchant à la sécurité. Qui plus est, quand surviennent des différends entre les employeurs et les employés, il ne nous apparaît pas clairement pourquoi un organisme d’arbitrage qualifié pour régler des conflits de travail privés, mais non pour mettre en balance des considérations plus générales concernant les intérêts du public en général en matière de sécurité et d’environnement, serait mieux placé pour agir comme gardien de l’intérêt du public. En effet, rien dans la législation pertinente ne requiert, et encore moins ne suggère, que les arbitres du travail devraient assumer ce rôle.

[72] Dans l’exercice de son pouvoir législatif, le législateur du Nouveau-Brunswick a le pouvoir de soustraire les tests de dépistage de drogue et d’alcool au processus de négociation collective, comme d’autres organes législatifs l’ont fait dans certains contextes. Voir, p. ex., *Code of Federal Regulations*, 49 C.F.R. Part 382 (États-Unis); *Rail Safety (Adoption of National Law) Regulation 2012*, No. 662 (Nouvelle-Galles du Sud); *Railway Safety Act 2005* (Irlande). En effet, certains experts ont indiqué qu’il est évident dans notre pays qu’[TRADUCTION] « une directive et une définition législatives ajouteraient de la cohérence, de l’uniformité et de la prévisibilité pour tous les intervenants du milieu de travail » (N. Keith et A. J. Wiggins, *Alcohol and Drugs in the Canadian Workplace : An Employer’s Guide to the Law, Prevention and Management of Substance Abuse* (2008), p. 240). Cette décision revient toutefois au législateur du Nouveau-Brunswick et non à la Cour — aussi enclins que nous puissions être à favoriser l’adoption d’une telle mesure.

[73] Nevertheless, under reasonableness review there is a difference between judicial abdication and judicial restraint. We reiterate that “the domain reserved to arbitral discretion is by no means boundless” (*Nor-Man*, at para. 52). To the extent a particular arbitral award is unreasonable — as we would hold the award here is — it remains liable to being set aside on judicial review.

B. *The Role of Arbitral Consensus in Defining the “Range of Reasonable Outcomes”*

[74] In recent years, this Court has emphasized that reasonableness is “a single standard that takes its colour from the context” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 59; see also *Alberta Teachers*, at para. 47). The factual and legal context in which a decision is made is critical to assessing its reasonableness for the simple reason that “[r]easonableness is not a quality that exists in isolation” (*Paccar*, at p. 1018, *per* Sopinka J.). Rather, when a reviewing court brands a decision as “reasonable” or “unreasonable”, it is necessarily making a conclusion about the relationship between the ultimate decision and the facts and law that underlie it. The context of a decision thus shapes the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47) or, more simply, the “range of reasonable outcomes” (*Khosa*, at para. 4).

[75] The context of this case is informed in no small part by the wealth of arbitral jurisprudence concerning the unilateral exercise of management rights arising under a collective agreement in the interests of workplace safety. We will say more about the “balancing of interests” test that has emerged from that jurisprudence in a moment, but for now the salient point is that arbitral precedents *in previous cases* shape the contours of what qualifies as a reasonable decision *in this case*. In that regard, we agree with our colleague, Abella J., who describes this “remarkably consistent arbitral jurisprudence” as “a valuable benchmark against which

[73] Quoi qu’il en soit, dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable, il existe une différence entre la renonciation judiciaire et la retenue judiciaire. Nous réitérons que « la sphère réservée au pouvoir discrétionnaire des arbitres n’est nullement dépourvue de limites » (*Nor-Man*, par. 52). Dans la mesure où une sentence arbitrale donnée est déraisonnable — comme c’est le cas, à notre avis, de la sentence en l’espèce —, elle est susceptible d’être annulée à l’issue du contrôle judiciaire.

B. *Le rôle du consensus arbitral dans la définition des « issues raisonnables possibles »*

[74] Au cours des dernières années, la Cour a souligné que la raisonabilité « constitue une norme unique qui s’adapte au contexte » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 59; voir également *Alberta Teachers*, par. 47). Le contexte factuel et juridique dans lequel une décision est rendue est crucial pour évaluer sa raisonabilité, pour la simple raison que « [l]e caractère raisonnable n’existe pas dans l’absolu » (*Paccar*, p. 1018, le juge Sopinka). Au contraire, lorsque le tribunal de révision qualifie une décision de « raisonnable » ou de « déraisonnable », il tire nécessairement une conclusion concernant la relation entre la décision définitive, d’une part, et les faits et le droit qui la sous-tendent, d’autre part. Le contexte d’une décision influence ainsi les « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47) ou, plus simplement, les « issues raisonnables possibles » (*Khosa*, par. 4).

[75] Le contexte de l’espèce repose en grande partie sur l’abondante jurisprudence arbitrale portant sur l’exercice unilatéral des droits de la direction découlant d’une convention collective dans l’intérêt de la sécurité du lieu de travail. Nous reviendrons sur le critère de la « mise en balance des intérêts » qui s’est dégagé de cette jurisprudence dans un moment, mais, pour l’instant, ce qui importe c’est que les précédents en matière d’arbitrage *dans les décisions antérieures* circonscrivent en quoi consiste une décision raisonnable *en l’espèce*. À cet égard, nous sommes d’accord avec notre collègue, la juge Abella, qui décrit cette « jurisprudence arbitrale

to assess the arbitration board’s decision in this case” (paras. 16 and 6).

[76] The arbitral cases themselves stress the importance of arbitral consensus in shaping subsequent awards. For example, in *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, Arbitrator Lynk spoke of a “‘common law’ of the unionized workplace” and observed:

While statutes and collective agreements form the foundation for the law of the unionized workplace in Ontario today, as well as providing the source for arbitral authority, any statement on the scope of labour arbitration law would be defici[en]t and incomplete without also including the interpretative function that arbitration awards play in building upon and adding to the law on workplace relations. When an arbitral rule or principle has emerged through industrial relations practice and become broadly accepted in a series of arbitration awards, then, even though the governing statute, the broader common law and the collective agreement may be silent on the matter, this principle at some point crystallizes and becomes part of the law of the unionized workplace. The duty of management to act fairly and reasonably, the estoppel doctrine, the *KVP* principle on company rules and the doctrine of the culminating incident, to name but only a few, have all become part of the legal regime of the workplace through the arbitral “common law”. [Emphasis added; pp. 206-7.]

[77] Thus no arbitral board is an island unto itself. As it is with the common law, which matures with the benefit of experience acquired one case at a time, so it is with the arbitral jurisprudence. Indeed, in this case, the arbitral board cited multiple prior arbitral awards for the proposition that Mr. Day had a right to privacy in his workplace (para. 19, citing *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), which referred to *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied Employees, Local 647* (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac*

remarquablement constante » comme « une référence utile pour évaluer la décision du conseil d’arbitrage en l’espèce » (par. 16 et 6).

[76] Les décisions arbitrales elles-mêmes soulignent l’importance du consensus arbitral dans la détermination des sentences subséquentes. Par exemple, dans *Prestressed Systems Inc. and L.I.U.N.A., Loc. 625 (Roberts) (Re)* (2005), 137 L.A.C. (4th) 193, l’arbitre Lynk a parlé d’une [TRADUCTION] « “common law” applicable au milieu de travail syndiqué » et a observé ce qui suit :

Bien que les lois et les conventions collectives servent de fondement à la loi du milieu de travail syndiqué en Ontario aujourd’hui, et soient également à l’origine des pouvoirs de l’arbitre, toute déclaration sur la portée du droit de l’arbitrage serait déficiente et incomplète si l’on ne tenait pas compte également de la fonction interprétative que jouent les sentences arbitrales en s’appuyant sur le droit en matière de relations de travail et en contribuant à l’élaborer. Lorsqu’une règle ou un principe arbitral se dégage de la pratique des relations industrielles et devient généralement accepté par plusieurs sentences arbitrales — même si la loi applicable, la common law et la convention collective sont muettes à cet égard — ce principe se matérialise à un certain moment et fait ensuite partie de la loi du milieu de travail syndiqué. L’obligation de la direction d’agir de façon équitable et raisonnable, la théorie de l’estoppel, le principe découlant de la sentence arbitrale *KVP* sur les règles des sociétés ainsi que la doctrine de l’incident déterminant, pour ne nommer que ceux-là, font tous désormais partie du régime juridique du milieu de travail et y ont accédé par le truchement de la « common law » en matière d’arbitrage. [Nous soulignons; p. 206-207.]

[77] Par conséquent, aucun conseil d’arbitrage n’est isolé du reste du monde. Comme dans le cas de la common law, la jurisprudence arbitrale mûrit avec l’expérience acquise, une décision à la fois. D’ailleurs, en l’espèce, le conseil d’arbitrage a cité de multiples sentences arbitrales antérieures pour affirmer que M. Day avait droit à la protection de sa vie privée dans son lieu de travail (par. 19, citant *Halifax (Regional Municipality) and N.S.U.P.E., Local 2 (Re)* (2008), 171 L.A.C. (4th) 257 (Veniot), qui a fait référence à *Prestressed Systems; Re Monarch Fine Foods Co. and Milk and Bread Drivers, Dairy Employees, Caterers and Allied*

Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re) (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Respect for prior arbitral decisions is not simply a nicety to be observed when convenient. On the contrary, where arbitral consensus exists, it raises a presumption — for the parties, labour arbitrators, and the courts — that subsequent arbitral decisions will follow those precedents. Consistent rules and decisions are fundamental to the rule of law. As Professor Weiler, a leading authority in this area, observed in *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332:

This board is not bound by any strict rule of *stare decisis* to follow a decision of another board in a different bargaining relationship. Yet the demand of predictability, objectivity, and impersonality in arbitration require that rules which are established in earlier cases be followed unless they can be fairly distinguished or unless they appear to be unreasonable. [Emphasis added; p. 344.]

See, also D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), at topic 1:3200 (including discussion of the “Presumption Resulting From Arbitral Consensus”); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4th ed. 2009), at p. 51 (identifying Professor Weiler’s view as “typical”).

[79] Thus, while arbitrators are free to depart from relevant arbitral consensus and march to a different tune, it is incumbent on them to explain their basis for doing so. As this Court has stressed, “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” (*Dunsmuir*, at para. 47). Because judges are not mind readers, without some explanation, whether implicit or explicit, for a board’s departure from the arbitral consensus, it is difficult to see how a “reviewing court

Employees, Local 647 (1978), 20 L.A.C. (2d) 419 (M. Picher); *Trimac Transportation Services — Bulk Systems and T.C.U. (Re)* (1999), 88 L.A.C. (4th) 237 (Burkett)).

[78] Le respect des décisions arbitrales antérieures n’est pas simplement une politesse à observer lorsque cela nous convient. Au contraire, lorsqu’il y a un consensus arbitral, celui-ci soulève la présomption — pour les parties, les arbitres et les tribunaux — selon laquelle les décisions arbitrales subséquentes se conformeront à ces précédents. L’uniformité des règles et des décisions est fondamentale pour la primauté du droit. Comme l’a fait observer le professeur Weiler, une référence incontournable en la matière, dans *Re United Steelworkers and Triangle Conduit & Cable Canada (1968) Ltd.* (1970), 21 L.A.C. 332 :

[TRADUCTION] Le conseil n’est pas tenu par une règle stricte du *stare decisis* de suivre la décision d’un autre conseil dans une relation de négociation différente. Cela dit, l’exigence de la prévisibilité, de l’objectivité et du caractère impersonnel dans l’arbitrage requiert que les règles établies dans des décisions antérieures soient suivies à moins, d’une part, que l’on puisse établir une distinction entre le cas qui nous occupe et ces décisions antérieures ou, d’autre part, que ces décisions semblent déraisonnables. [Nous soulignons; p. 344.]

Voir également D. J. M. Brown et D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (4^e éd. (feuilles mobiles)), sujet 1:3200 (y compris une analyse de la [TRADUCTION] « Présomption découlant du consensus arbitral »); R. M. Snyder, *Collective Agreement Arbitration in Canada* (4^e éd. 2009), p. 51 (qui qualifie l’opinion du professeur Weiler de [TRADUCTION] « typique »).

[79] Par conséquent, bien que les arbitres soient libres de faire abstraction du consensus arbitral applicable et d’adopter une opinion différente, il leur incombe d’expliquer le fondement de leur décision. Comme l’a souligné la Cour, « [l]e caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir*, par. 47). Puisque les juges ne sont pas des télépathes, il est difficile de voir comment une « cour de révision [pourrait] comprendre le fondement de la décision

[could] understand why the [board] made its decision” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Reasonableness review includes the ability of courts to question for consistency where, in cases like this one, there is no apparent basis for implying a rationale for an inconsistency.

[80] In this case, as we will explain, the board departed from the legal test emerging from the arbitral consensus by elevating the threshold of evidence Irving was required to introduce in order to justify a policy of random alcohol testing. The board, however, offered no explanation — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for doing so. In the absence of any explanation whatsoever, we are unable to understand why the board thought it reasonable to do what it did. In the circumstances of this case, its decision thus fell outside the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law.

C. *The Arbitral Jurisprudence Reveals a Consensus on Assessing Workplace Drug and Alcohol Policies*

[81] The arbitral jurisprudence does not recognize an unqualified right of employers to unilaterally impose workplace rules on their employees outside of the collective bargaining process. Rather, the onus is on the employer to justify such rules based on compliance with standards first articulated in the seminal arbitral decision of *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). The “KVP test” has six distinct elements, the primary one being that the rule must be reasonable. In this case, the only question was the reasonableness of the rule (board’s reasons, at para. 30). Before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the KVP test and we therefore accept it as establishing the guiding framework for analysis for the purposes of the present appeal.

du [conseil] » (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16) sans que ce dernier explique, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction du consensus arbitral. Le contrôle judiciaire du caractère raisonnable comprend la capacité pour les tribunaux de se questionner sur l’opportunité de se conformer ou non au consensus lorsque, dans les cas comme celui qui nous occupe, il n’existe aucun fondement apparent pour déduire qu’il serait logique de ne pas le suivre.

[80] En l’espèce, comme nous l’expliquerons plus loin, le conseil a dérogé au critère juridique s’étant dégagé du consensus arbitral en élevant le seuil de preuve qu’Irving était tenue de présenter pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Toutefois, le conseil n’a pas expliqué — implicitement ou explicitement, de façon raisonnable ou déraisonnable — pourquoi il a agi ainsi. En l’absence d’une quelconque explication, nous ne pouvons comprendre pourquoi le conseil pensait qu’il était raisonnable d’agir comme il l’a fait. Dans les circonstances de l’espèce, sa décision n’appartenait donc pas aux issues possibles raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

C. *La jurisprudence arbitrale révèle un consensus sur l’évaluation des politiques en matière de drogue et d’alcool en milieu de travail*

[81] La jurisprudence arbitrale ne reconnaît aucun droit absolu aux employeurs d’imposer unilatéralement des règles en milieu de travail à leurs employés en dehors du processus de négociation collective. Il incombe plutôt à l’employeur de justifier de telles règles sur le fondement du respect des normes énoncées pour la première fois dans la décision arbitrale phare *Re Lumber & Sawmill Workers’ Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Robinson). Le « critère énoncé dans KVP » prévoit six éléments distincts, le principal étant que la règle doit être raisonnable. En l’espèce, seule la question de la raisonabilité de la règle était soulevée (motifs du conseil, par. 30). Devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonabilité du critère énoncé dans KVP et nous estimons, par conséquent, qu’il établit le cadre d’orientation de l’analyse aux fins du présent pourvoi.

[82] The rather abstract concept of *KVP* reasonableness has been given shape in various contexts, including drug and alcohol testing policies, by a further “balancing of interests” test (see, e.g., *Esso Petroleum*, at para. 73; *C.N.R.*, at pp. 367-69). The test recognizes that an employee’s right to privacy is “a core workplace value, albeit one that is not absolute” (*Trimac*, at p. 260). Accordingly, the test seeks to determine “the extent to which mandatory random drug [or alcohol] testing furthers the objective of a safe and productive workplace and a corresponding assessment of the extent to which it invades individual privacy” (*Trimac*, at p. 259). Again, before this Court, neither party challenges the applicability or reasonableness of the balancing of interests test. They do, however, have divergent understandings as to what it actually requires in the circumstances of this case. Accordingly, in what follows, we review the relevant jurisprudence in some detail.

(1) What Is the Appropriate Test in These Circumstances?

[83] A measure of precision is required when discussing the relevant arbitral jurisprudence in the area of drug and alcohol testing because there are different testing scenarios, with different tests applying depending on the rule an employer seeks to justify. First, one must distinguish between testing for drugs from that for alcohol. Second, one must distinguish reasonable cause or post-incident testing from random testing. Taking both distinctions together, the matrix of possible options reveals four distinct testing scenarios: reasonable cause/post-incident drug testing, reasonable cause/post-incident alcohol testing, random drug testing, and random alcohol testing.

[82] La notion plutôt abstraite de la raisonabilité énoncée dans *KVP* a été raffinée dans divers contextes, notamment dans celui de politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool, par un autre critère, celui de la « mise en balance des intérêts » (voir, p. ex., *Esso Petroleum*, par. 73; *C.N.R.*, p. 367-369). Ce critère reconnaît que le droit d’un employé à la protection de sa vie privée est [TRADUCTION] « une valeur essentielle du lieu de travail, bien qu’elle ne soit pas absolue » (*Trimac*, p. 260). Par conséquent, le critère vise à déterminer « la mesure dans laquelle les tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue [ou d’alcool] favorisent l’objectif d’un lieu de travail sécuritaire et productif » ainsi que « la mesure dans laquelle les tests violent la vie privée » (*Trimac*, p. 259). Là encore, devant la Cour, aucune des parties n’a contesté l’applicabilité ou la raisonabilité du critère de la mise en balance des intérêts. Elles n’abondent toutefois pas dans le même sens en ce qui concerne les exigences du critère dans les circonstances de l’espèce. Par conséquent, dans les paragraphes qui suivent, nous examinerons la jurisprudence applicable de façon assez détaillée.

(1) Quel est le critère applicable dans ces circonstances?

[83] Il faut faire preuve de précision dans l’analyse de la jurisprudence arbitrale applicable en matière de tests de dépistage de drogue et d’alcool, car il existe différents scénarios d’examen possibles, avec des critères différents qui s’appliquent selon la règle que l’employeur cherche à justifier. Premièrement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool. Deuxièmement, il faut établir une distinction entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident et les tests aléatoires de dépistage. Compte tenu de ces deux distinctions, il existe quatre scénarios distincts d’examen : les tests de dépistage de drogue réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests de dépistage d’alcool réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident, les tests aléatoires de dépistage de drogue ainsi que les tests aléatoires de dépistage d’alcool.

[84] The Irving policy that spawned the grievance in this case addressed reasonable cause and post-incident testing for *both* drugs and alcohol, as follows:

Post-incident: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to post-incident tests for alcohol and drugs. After a work-related accident or other incident (an “Incident”) the decision to refer an Employee(s) for a test will be made by an on-site Supervisor investigating the Incident, in conjunction with a second person (a health professional, another Supervisor, or Company Security) wherever practicable.

Reasonable Cause: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subject to reasonable cause tests for alcohol and drugs. Where the Company determines there is reasonable cause to suspect alcohol or other drug use or possession in violation of this policy, testing will be performed. The decision to test shall be made by a Supervisor, in conjunction with a second person (e.g. another Supervisor or Company Security) wherever practicable. The decision will be based on specific, personal and documented observations resulting from, but not limited to:

- observed use or evidence of use of a substance (e.g. smell of alcohol);
- erratic or atypical behaviour of the Employee;
- changes in the physical appearance of the Employee;
- changes in behaviour of the Employee; or
- changes in the speech patterns of the Employee. [Emphasis added; A.R., vol. II, at pp. 75-76.]

[85] In contrast, the random portion of the policy was concerned *only* with alcohol testing and it is *that* portion — and only that portion — of the policy that is subject to the instant grievance:

[84] La politique d’Irving à l’origine du grief en l’espèce portait sur les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident *tant* pour les drogues que pour l’alcool :

[TRADUCTION] Post-incident : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue post-incident. Après un accident de travail ou un autre incident (un « incident »), la décision de faire subir un test de dépistage à un employé sera prise par un superviseur sur place qui fera enquête sur l’incident, conjointement avec une deuxième personne (un professionnel de la santé, un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible.

Motif raisonnable : Les employés occupant un poste à risque devront subir des tests de dépistage d’alcool et de drogue pour un motif raisonnable. Lorsque la société détermine qu’il existe un motif raisonnable de soupçonner qu’un employé consomme de l’alcool ou de la drogue ou est en possession d’alcool ou de drogue en contravention de la présente politique, le test de dépistage sera effectué. La décision de faire subir un test à un employé est prise par un superviseur, conjointement avec une deuxième personne (p. ex, un autre superviseur ou un agent de sécurité) dans la mesure du possible. La décision sera fondée sur des observations précises, personnelles et documentées découlant, entre autres :

- de la consommation observée ou de la preuve de la consommation d’une substance (p. ex. odeur d’alcool);
- du comportement erratique ou atypique de l’employé;
- des changements dans l’apparence physique de l’employé;
- des changements dans le comportement de l’employé;
- des changements dans la façon de s’exprimer de l’employé. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 75-76.]

[85] En revanche, le volet aléatoire de la politique portait *uniquement* sur les tests de dépistage d’alcool, et c’est *ce* volet de la politique — et uniquement ce volet — qui fait l’objet du présent grief :

Random Testing: Employees employed in Safety Sensitive Positions will be subjected to unannounced random tests for alcohol. In addition, applicants to a Safety Sensitive Position must pass an alcohol and/or drug test before entry to the position or re-entry to the position where they have participated in a treatment program. [Emphasis added; A.R., vol. II, at p. 76.]

It bears noting the language for each of these three provisions is similar to those used in other drug and alcohol testing policies.

[86] Turning to the first distinction mentioned above, between drug and alcohol testing, the cases recognize that testing for alcohol “stand[s] on a different footing” from testing for drugs (*Entrop*, at para. 106).² For example, alcohol tests are usually conducted with a breathalyser, which provides an immediate result concerning present alcohol impairment in a minimally invasive manner. Though drug testing technology has advanced, it does not provide an immediate detection of drug impairment, which may affect the determination of whether it is reasonably necessary to ensure safety in the workplace (*Imperial Oil Ltd. v. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, at para. 61).

² While *Entrop* was decided in the context of a non-unionized workplace under human rights legislation, it remains relevant to any analysis concerning the reasonableness of drug and alcohol testing policies. Indeed, the board here relied on *Entrop* in assessing the invasiveness of the breathalyser test (para. 116). Whether an arbitrator applies the test developed by this Court for the human rights context in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (“*Meiorin*”), or traditional labour relations law and the *KVP* test, at bottom, the inquiry in both cases is concerned with the reasonableness of the company policy. In some provinces, arbitrators may adjudicate grievances challenging these policies under both *KVP* and *Meiorin* and we have difficulty accepting that a policy would fail under one test but pass muster under the other. See, e.g., *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 48(12)(j).

[TRADUCTION] Tests aléatoires : Les employés occupant un poste à risque devront subir sans préavis des tests aléatoires de dépistage d’alcool. De plus, les candidats à un poste à risque devront subir un test de dépistage d’alcool et/ou de drogue avant leur entrée en fonction ou avant leur retour après avoir suivi un traitement. [Nous soulignons; d.a., vol. II, p. 76.]

Il convient de souligner que le libellé de chacune de ces trois dispositions est semblable à celui utilisé dans d’autres politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool.

[86] S’agissant de la première distinction mentionnée précédemment — soit celle entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part —, la jurisprudence reconnaît que les tests de dépistage d’alcool [TRADUCTION] « sont différents » des tests de dépistage de drogue (*Entrop*, par. 106)². Par exemple, les premiers sont généralement réalisés au moyen d’un éthylomètre, qui permet de savoir immédiatement, de la manière la moins attentatoire possible, si l’employé a les facultés affaiblies par l’alcool. Bien que la technologie utilisée pour faire les tests de dépistage de drogue ait progressé, elle ne permet toujours pas de détecter immédiatement si l’employé est intoxiqué par une drogue, ce qui peut influencer sur la question de savoir si un tel test est raisonnablement nécessaire pour assurer la sécurité du lieu de travail (*Imperial Oil Ltd. c. Communications, Energy & Paperworkers Union of Canada, Local 900*, 2009 ONCA 420, 96 O.R. (3d) 668, par. 61).

² Bien que l’arrêt *Entrop* ait été décidé dans le contexte d’un milieu de travail non syndiqué en vertu de la législation sur les droits de la personne, il demeure pertinent à l’analyse de la raisonabilité des politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool. En effet, le conseil en l’espèce s’est fondé sur l’arrêt *Entrop* pour évaluer le caractère attentatoire de l’éthylométrie (par. 116). Que l’arbitre applique le critère élaboré par la Cour dans le contexte des droits de la personne dans *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (« *Meiorin* »), ou les lois traditionnelles en matière de relations de travail et le critère énoncé dans la sentence arbitrale *KVP*, au fond, l’examen dans les deux cas porte sur la raisonabilité de la politique de la société. Dans certaines provinces, les arbitres peuvent arbitrer des griefs contestant ces politiques tant sur le fondement de la sentence arbitrale *KVP* que sur la décision *Meiorin*, et nous avons de la difficulté à accepter qu’une politique serait annulée en vertu d’un critère, mais jugée acceptable en vertu de l’autre. Voir, p. ex., *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, ann. A, al. 48(12)j).

[87] In light of the distinction found in the arbitral cases between drug and alcohol testing, we do not view the decision in *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (“*Nanticoke*”), as conclusively shaping the range of reasonable outcomes in this case (board’s reasons, at paras. 30-33). *Nanticoke* decided only the issue of a random *drug* testing policy and must be seen in that context. Both the reasons of the arbitral board and the Court of Appeal for Ontario in *Nanticoke* make that abundantly clear. See *Nanticoke*, at paras. 112-13: “The Company reasons that the oral fluid drug test which it now administers is fully analogous to the breathalyser test . . . [but the board concludes that] the buccal swab [drug] test does not equate to the breathalyser” (emphasis added); *Imperial Oil*, at para. 47: “. . . both sides placed considerable reliance on . . . an established body of arbitral case law that directly concerned the subject matter of the Board hearing — random drug testing in the workplace” (emphasis added). Indeed, Arbitrator Picher’s comments in *Nanticoke* are properly read as being confined to random *drug* testing:

It may well be that the balancing of interests approach, which we favour, would allow for general random, unannounced drug testing in some extreme circumstances. If, for example, an employer could marshal evidence which compellingly demonstrates an out-of-control drug culture taking hold in a safety sensitive workplace, such a measure might well be shown to be necessary for a time to ensure workplace safety. [Emphasis added; para. 127.]

[88] More problematically, the *Nanticoke* arbitral reasons, as the board in this very case noted, are self-contradictory and, further still, are out of step with the more recent arbitral jurisprudence to the extent they speak to random *alcohol* testing. The board here provided a reasonable — indeed, a convincing — explanation for declining to follow *Nanticoke* to

[87] Compte tenu de la distinction établie dans la jurisprudence arbitrale entre les tests de dépistage de drogue et les tests de dépistage d’alcool, nous ne croyons pas que la sentence arbitrale *Imperial Oil Ltd. and C.E.P., Loc. 900 (Re)* (2006), 157 L.A.C. (4th) 225 (M. Picher) (« *Nanticoke* »), détermine de façon concluante les issues raisonnables possibles en l’espèce (motifs du conseil, par. 30-33). *Nanticoke* ne s’est prononcé que sur la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage de *drogue* et doit être interprétée dans ce contexte. Tant les motifs du conseil d’arbitrage que ceux de la Cour d’appel de l’Ontario dans cette affaire le précisent très clairement. Voir *Nanticoke*, par. 112-113 : [TRADUCTION] « La société estime que le test de dépistage de drogue par voie orale qu’elle effectue désormais est parfaitement analogue à l’éthylométrie [. . .] [mais le conseil conclut que] le test de dépistage [de drogue] par écouvillon n’équivaut pas à l’éthylomètre » (nous soulignons); *Imperial Oil*, par. 47 : [TRADUCTION] « . . . les deux parties se sont fondées essentiellement sur [. . .] un ensemble établi de sentences arbitrales portant directement sur la question visée à l’audience du conseil — les tests aléatoires de dépistage de drogue en milieu de travail » (nous soulignons). En effet, les propos de l’arbitre Picher dans *Nanticoke* sont interprétés à juste titre comme ne se rapportant qu’aux tests aléatoires de dépistage de *drogue* :

[TRADUCTION] Il se peut très bien que la démarche axée sur la mise en balance des intérêts, que nous privilégions, permettrait l’application généralisée et sans préavis de tests aléatoires de dépistage de drogue dans certaines circonstances extrêmes. Par exemple, si l’employeur peut démontrer de manière convaincante qu’une culture de toxicomanie débridée est en train d’envahir le lieu de travail à risque, pareille mesure pourrait bien se révéler nécessaire pour un certain temps afin d’assurer la sécurité en milieu de travail. [Nous soulignons; par. 127.]

[88] Fait encore plus préoccupant, les motifs de l’arbitre dans *Nanticoke*, comme le conseil l’a souligné en l’espèce, sont contradictoires en soi et, qui plus est, ne sont pas conformes à la jurisprudence arbitrale plus récente dans la mesure où ils visent les tests aléatoires de dépistage d’*alcool*. En l’espèce, le conseil a expliqué de manière raisonnable — et

the extent it discussed random alcohol testing. See, e.g., board's reasons, at para. 55: "... I cannot accept [*Nanticoke*] as correct [because] I believe it to be mistaken in principle"; at para. 57: "I also have to note that *Nanticoke* itself is not thoroughgoing in following its own model"; at para. 61: "... I would question [the *Nanticoke* model's] value as an explanatory mechanism with respect to this board's issue"; and, at para. 69: "... I would not accept the first element of the [*Nanticoke*] model [that unannounced random testing is prohibited, save as part of an agreed rehabilitative program] when it comes to random alcohol tests" (emphasis added). Thus, like the board in this case, we think that *Nanticoke* is of limited utility.

[89] Turning then to the second distinction mentioned above, between reasonable cause and post-incident testing, on the one hand, and random testing, on the other, the arbitral jurisprudence recognizes "significant differences between the principles" applicable to these two types of testing (*Fording Coal Ltd. v. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL) (Hope), at para. 36). In the context of certain safety-sensitive positions, for example, arbitrators have required some evidence of drug or alcohol use in the workplace in order to justify a random testing policy, but have *not* required such evidence where testing was based on reasonable cause or a workplace incident. See, e.g., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman): "Evidence of a problem may be necessary to support a policy of random testing, but I do not think it is necessary to support a [reasonable cause] policy such as here" (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor): "... where safety is clearly a justifiable concern ... [an employer] does not have to prove the existence of a drug and alcohol problem as a precondition to the introduction [of a reasonable cause or post-incident testing policy]" (p. 108); *GTAA*: "While a different approach has

convaincante — pourquoi il a refusé de se conformer aux passages de *Nanticoke* portant sur les tests aléatoires de dépistage d'alcool. Voir, p. ex., les motifs du conseil, par. 55 : [TRADUCTION] « ... je ne saurais affirmer que [la sentence arbitrale *Nanticoke*] est bien fondée [parce que] j'estime qu'elle est erronée en principe »; par. 57 : « Je dois également souligner que cette sentence elle-même ne suit pas véritablement son propre modèle »; par. 61 : « ... je mettrais en doute la valeur [du modèle de *Nanticoke*] à titre de mécanisme explicatif à l'égard de la question à trancher en l'espèce »; et par. 69 : « ... je n'accepterais pas le premier élément du modèle [de *Nanticoke*] [selon lequel les tests sans préavis et aléatoires de dépistage sont interdits, sauf dans le cadre d'un programme de réhabilitation convenu] en ce qui concerne les tests aléatoires de dépistage d'alcool » (nous soulignons). Ainsi, comme le conseil en l'espèce, nous estimons que l'utilité de la sentence arbitrale *Nanticoke* est limitée.

[89] S'agissant maintenant de la deuxième distinction mentionnée précédemment entre les tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident, d'une part, et les tests aléatoires de dépistage, d'autre part, la jurisprudence arbitrale reconnaît qu'il existe [TRADUCTION] « des différences importantes entre les principes » qui s'y appliquent (*Fording Coal Ltd. c. United Steelworkers of America, Local 7884*, [2002] B.C.C.A.A.A. No. 9 (QL) (Hope), par. 36). Dans le contexte de certains postes à risque, par exemple, les arbitres ont exigé que les employeurs fassent la preuve d'indices de consommation de drogue ou d'alcool sur le lieu de travail afin de justifier leur politique de tests aléatoires de dépistage, mais n'ont *pas* exigé qu'ils en fassent la preuve lorsque les tests étaient réalisés pour un motif raisonnable ou après un incident de travail. Voir, p. ex., *Continental Lime Ltd. and B.B.F., Loc. D575 (Re)* (2002), 105 L.A.C. (4th) 263 (Freedman) : [TRADUCTION] « Il peut être nécessaire de démontrer l'existence d'un problème pour justifier une politique de tests aléatoires de dépistage, mais je ne crois pas que cela soit nécessaire pour justifier une politique [fondée sur un motif raisonnable] comme en l'espèce » (p. 284); *Weyerhaeuser Co. and I.W.A. (Re)* (2004), 127 L.A.C. (4th) 73 (Taylor) : [TRADUCTION] « ... lorsque la sécurité est manifestement une

been adopted in cases involving random testing, . . . in respect of reasonable cause and post-accident/incident testing, . . . an employer need not demonstrate a history of substance abuse in the workplace . . .” (para. 221).

[90] In sum, care must be taken to identify the appropriate test in the arbitral jurisprudence. The cases illustrate that there is a difference between how arbitral boards have assessed a random testing policy and one based on reasonable cause, and a difference between testing for drugs and testing for alcohol. We thus avoid reliance on cases not directly applicable in the context of a challenge to a random alcohol testing policy. *Fording Coal* “[did] not involve random testing” at all (para. 40), and the same is true for the decisions in *Rio Tinto* and *ADM Agri-Industries Ltd. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). The grievance in *Trimac* concerned only “mandatory random drug testing”, not random alcohol testing (p. 276 (emphasis added)). These cases must be put in their proper context — and that is not the context of this case.

(2) The Arbitral Consensus on Random Alcohol Testing

[91] Having established the importance of identifying the relevant arbitral consensus, we turn now to an examination of the cases concerning the legal

préoccupation justifiable [. . .] [l’employeur] n’est pas tenu de prouver au préalable l’existence d’un problème de drogue ou d’alcool pour introduire [une politique de tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident] » (p. 108); *GTAA* : [TRADUCTION] « Bien qu’une méthode différente ait été adoptée dans les affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, [. . .] s’agissant des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-accident/incident, [. . .] l’employeur n’est pas tenu de démontrer un passé de consommation de drogues ou d’alcool sur le lieu de travail . . . » (par. 221).

[90] En somme, il faut prendre soin d’identifier le critère applicable parmi ceux élaborés par la jurisprudence arbitrale. Les décisions illustrent qu’il y a une différence entre la façon dont les conseils d’arbitrage ont évalué les politiques de tests aléatoires de dépistage et celles fondées sur un motif raisonnable ainsi qu’entre les tests de dépistage de drogue, d’une part, et d’alcool, d’autre part. Par conséquent, nous éviterons de nous fonder sur des décisions qui ne s’appliquent pas directement dans le contexte de la contestation d’une politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. La sentence arbitrale *Fording Coal* [TRADUCTION] « ne concernait [d’aucune manière] des tests aléatoires de dépistage » (par. 40), et il en est de même pour les décisions *Rio Tinto* et *ADM Agri-Industries Ltd. c. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers’ Union of Canada (CAW-Canada), Local 195 (Substance Abuse Policy Grievance)*, [2004] C.L.A.D. No. 610 (QL) (Springate). Dans *Trimac*, le grief portait uniquement sur [TRADUCTION] « des tests obligatoires et aléatoires de dépistage de drogue », et non sur des tests aléatoires de dépistage d’alcool (p. 276 (nous soulignons)). Ces décisions doivent être replacées dans leur propre contexte — et ce n’est pas le contexte de l’espèce.

(2) Le consensus arbitral sur les tests aléatoires de dépistage d’alcool

[91] Ayant établi l’importance d’identifier le consensus arbitral applicable, nous nous penchons maintenant sur l’examen des décisions portant sur

test for random alcohol testing policies. While the general principles emerging from the broader arbitral jurisprudence may assist in situating random alcohol testing in the wider context, it is these cases that shape the contours of what is a reasonable outcome in the context of this case.

[92] We are aware of two arbitral decisions, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 v. Imperial Oil Ltd.*, May 27, 2000, unreported (Christian) (“*Strathcona*”), and *GTAA*, in which an arbitrator found a random alcohol testing policy to satisfy the demands of *KVP* reasonableness. In both cases, the arbitrators accepted that the policies applied to what were legitimately safety-sensitive positions. In both cases, the employer used breathalyser tests, with a 0.04 percent blood alcohol concentration level, which the arbitrators accepted as the least intrusive means of identifying present intoxication. The key question for our purposes is the threshold of evidence that the employer was required to introduce in order to meet its burden to demonstrate *KVP* reasonableness.

[93] Before reviewing the two random alcohol testing awards, however, a preliminary observation is warranted. The standard applied in both *Strathcona* and *GTAA* is the progeny of earlier jurisprudence in *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (“*Truck Transporters*”), that drew a distinction between testing where there was “reason to demand a test” (which we would understand today as including reasonable cause or post-incident testing) and otherwise “mandatory universal testing” (which we would understand as including random testing) (p. 425). In *Truck Transporters*, the company sought to justify a policy of mandatory drug and alcohol tests of its drivers. The board was of the view that

le critère juridique applicable à l’examen des politiques de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Bien que les principes généraux découlant d’un plus large éventail de sentences arbitrales puissent s’avérer utiles pour situer les tests aléatoires de dépistage d’alcool dans un contexte plus général, ce sont les décisions portant sur la situation précise en cause en l’espèce qui déterminent en quoi consiste une issue raisonnable dans le contexte de l’espèce.

[92] Nous connaissons deux décisions arbitrales, *Communications, Energy and Paperworkers Union, Local 777 c. Imperial Oil Ltd.*, 27 mai 2000 (jugement non-publié) (Christian) (« *Strathcona* »), et *GTAA*, dans lesquelles l’arbitre a conclu que la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool répondait aux exigences énoncées dans *KVP* quant à la raisonabilité. Dans les deux décisions, les arbitres ont accepté que les politiques s’appliquent à des postes qui étaient légitimement qualifiés d’à risque. Dans les deux décisions aussi, l’employeur a utilisé l’éthylométrie, avec un taux d’alcoolémie de 0,04 pour 100, reconnue par les arbitres comme le moyen le moins attentatoire possible pour déceler les cas d’intoxication. La question clé aux fins du présent pourvoi est le seuil de preuve que l’employeur était tenu de présenter afin de s’acquitter de son fardeau de démontrer la raisonabilité au sens de *KVP*.

[93] Toutefois, avant d’examiner les deux décisions portant sur les tests aléatoires de dépistage d’alcool, nous aimerions faire une remarque préliminaire. La norme appliquée dans *Strathcona* et *GTAA* est issue de la sentence arbitrale antérieure *Provincial-American Truck Transporters and Teamsters Union, Loc. 880, Re* (1991), 18 L.A.C. (4th) 412 (Brent) (« *Truck Transporters* »). Cette sentence a établi une distinction entre les tests lorsqu’il existait une [TRADUCTION] « raison d’exiger un test » (que nous considérerions aujourd’hui comme englobant les tests réalisés pour un motif raisonnable ou post-incident) et les tests qualifiés de « dépistage universel obligatoire » (que nous considérerions comme englobant les tests aléatoires de dépistage) (p. 425). Dans *Truck Transporters*, la société cherchait à justifier une politique de tests obligatoires de dépistage de drogue et d’alcool applicable à ses conducteurs. Le conseil était d’avis que

[i]f mandatory universal testing is to be justified, absent a specific term allowing it, then there should at least be evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace which cannot be combated in some less invasive way. [Emphasis added; p. 425.]

[94] The first random alcohol testing case to adopt the *Truck Transporters* standard came three years later in *Esso Petroleum*. There, Arbitrator McAlpine, borrowing the precise language of *Truck Transporters*, was of the view that the employer had to establish “evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace” as part of what was then emerging as the balancing of interests test (para. 104 (emphasis added)). On the facts presented to the board, Arbitrator McAlpine noted that “there have been no reported incidents at [the facility] involving drugs and alcohol”, “no report of employees reporting for work impaired”, “no safety violations involving drugs or alcohol”, and “no accidents where drug[s] and alcohol were suspected” (para. 151). In short, the company had provided no evidence whatsoever, and its random alcohol testing policy was thus unreasonable.

[95] Turning then to the cases where a random alcohol testing policy was upheld as reasonable, in *Strathcona*, the earlier of the two decisions, the testing policy concerned employees at an Imperial Oil refining facility, much like *Esso Petroleum*. After a thorough review of the arbitral cases, including quotation from the *Truck Transporters* language mentioned above (at p. 69), the board concluded that the appropriate evidentiary threshold was as follows:

The question is whether there is evidence upon which the Employer could rationally conclude that alcohol and drug

[TRADUCTION] [s]i le dépistage universel obligatoire doit être justifié, en l’absence d’une clause précise le permettant, il devrait au moins y avoir des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail qui ne peut être réglé d’une manière moins attentatoire. [Nous soulignons; p. 425.]

[94] La première décision en matière de tests aléatoires de dépistage d’alcool à adopter la norme élaborée dans *Truck Transporters* a été rendue trois ans plus tard dans *Esso Petroleum*. Dans cette affaire, l’arbitre McAlpine, empruntant les termes précis de la décision *Truck Transporters*, était d’avis que l’employeur devait fournir [TRADUCTION] « des indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool ou de drogue en milieu de travail » dans le cadre de ce qui se dégageait à l’époque comme le critère de la mise en balance des intérêts (par. 104 (nous soulignons)). Au vu des faits présentés au conseil, l’arbitre McAlpine a souligné qu’« aucun incident attribuable à la consommation de drogue ou d’alcool n’a été rapporté [dans les locaux de la société] », « aucun rapport d’employés se présentant au travail avec facultés affaiblies n’a été dressé », « aucune violation de la sécurité impliquant des drogues ou de l’alcool n’a été constatée » et « aucun accident où les employés étaient soupçonnés d’avoir consommé de la drogue ou de l’alcool n’a eu lieu » (par. 151). En somme, la société n’avait fourni aucune preuve, et sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool a donc été jugée déraisonnable.

[95] Penchons-nous maintenant sur les décisions où la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool a été jugée raisonnable. Dans *Strathcona*, la première des deux décisions, la politique de tests de dépistage visait les employés d’une raffinerie d’Imperial Oil, tout comme dans *Esso Petroleum*. Après un examen rigoureux de la jurisprudence arbitrale — qui comprenait une citation des termes mentionnés précédemment de la sentence *Truck Transporters* (p. 69) — le conseil a conclu que le seuil de preuve applicable était le suivant :

[TRADUCTION] La question est celle de savoir s’il y a des indices permettant à l’employeur de conclure

use might cause catastrophic damage at the Strathcona Refinery. [Emphasis added; p. 73.]

The board relied on two sets of evidence. First, it looked to a national employee survey conducted by an independent party on behalf of the employer. Actual workplace accidents in which an employee's own use of "alcohol, medications or street drugs" was thought to be a contributing factor were reported by 0.5 percent of employees and a further 1.7 percent reported it being a factor in "near misses", in each case in the 12 months prior to the survey (p. 56). The board inferred alcohol use at the Strathcona facility based on the representativeness of the survey (p. 59). That data, in the board's view, "provide[d] a rational and sufficient foundation" of "a problem or potential problem which justifies the Employer in implementing a [random alcohol testing] process" (p. 73). Second, the board noted that there was evidence of one worker who was at the workplace while intoxicated. The board observed that such a "real case" might even be said to "provid[e] the best evidence of a problem at the Strathcona Refinery, and the need for, and effectiveness of, the Policy" (p. 74 (emphasis added)).

[96] In *GTAA*, the more recent case, the random alcohol testing policy concerned employees involved with the ground operations at Pearson International Airport in Toronto. After surveying prior arbitral decisions, including *Truck Transporters* (at para. 251) and *Esso Petroleum* (at para. 252), Arbitrator Devlin concluded that, "in cases involving random testing, Arbitrators have required evidence of a drug and/or alcohol problem in the workplace" (para. 254 (emphasis added)), thus echoing the precise language of the earlier decisions. He heard testimony that employees "consumed alcohol at work or during meal breaks", that management had "frequently found empty beer or

rationnellement que la consommation d'alcool et de drogue pourrait causer des dommages catastrophiques à la raffinerie Strathcona. [Nous soulignons; p. 73.]

Le conseil s'est fondé sur deux ensembles de preuve. Premièrement, il s'est appuyé sur un sondage national effectué auprès des employés par un tiers indépendant au nom de l'employeur. Dans ce sondage, 0,5 pour 100 des employés ont rapporté avoir été à l'origine d'accidents de travail attribuables selon eux à leur consommation « d'alcool, de médicaments ou de drogues illicites », et un autre 1,7 pour 100 a rapporté que cette consommation avait failli entraîner des accidents « évités de justesse » (p. 56). Dans les deux cas, ces accidents — réels ou évités de justesse — sont survenus au cours des 12 mois précédant le sondage (p. 56). Sur le fondement de la représentativité du sondage, le conseil a déduit que des employés consommaient de l'alcool à la raffinerie Strathcona (p. 59). Selon le conseil, les résultats du sondage « constitu[ai]ent un fondement rationnel suffisant » qui démontre l'existence d'« un problème — réel ou éventuel — autorisant l'employeur à mettre en œuvre un processus [de tests aléatoires de dépistage d'alcool] » (p. 73). Deuxièmement, le conseil a souligné que, selon certains indices, un des travailleurs s'était déjà présenté sur le lieu de travail alors qu'il était intoxiqué. Pour le conseil, on pourrait même dire qu'un cas aussi « réel » « fournit les meilleurs indices révélant un problème à la raffinerie Strathcona et démontre la nécessité et l'efficacité de la politique » (p. 74 (nous soulignons)).

[96] Dans l'affaire *GTAA*, la décision plus récente, la politique de tests aléatoires de dépistage d'alcool visait des employés dirigeant les opérations au sol à l'aéroport international Pearson, à Toronto. Après avoir examiné les décisions arbitrales antérieures, dont *Truck Transporters* (par. 251) et *Esso Petroleum* (par. 252), l'arbitre Devlin a conclu que, [TRADUCTION] « dans des affaires portant sur des tests aléatoires de dépistage, les arbitres exigent des indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool ou de drogue en milieu de travail » (par. 254 (nous soulignons)), reprenant ainsi les termes précis des décisions antérieures. Un témoin a indiqué que des employés « consommaient

alcohol bottles in vehicles or in the garbage”, and that “on a few occasions, employees took beer into snow-clearing equipment” (para. 256). The arbitrator ultimately concluded the testimony of alcohol use represented evidence of “a far more pervasive problem” (para. 262).

[97] Taking these cases together, what emerges is an arbitral consensus that an employer must demonstrate *evidence of an alcohol problem in the workplace* in order to justify a random alcohol testing policy. That is the evidentiary threshold accepted by arbitrators who have upheld such policies (*Strathcona, GTAA*) and those who have struck them down (*Esso Petroleum*). Thus, barring some explanation, whether implicit or explicit, for its basis for departing from it, *that* is the evidentiary threshold the Union, management, and this Court should be able to presume the board in this case applied. But as we explain next, that is not what the board did.

D. *The Arbitral Board’s Departure From the Arbitral Consensus*

[98] The board in this case was well aware of the relevant arbitral jurisprudence. As we noted earlier, it reviewed the decision in *Nanticoke* and reasoned — compellingly in our view — that it was not helpful in the present case (para. 61). The board then proceeded to review both *Strathcona* and *GTAA*, including quoting from the same passages we cite above, and concluded:

[These cases] demonstrate a fact finding process centred on risk in the particular workplace and the means adopted to address it, and, balancing the interests involved, move to a conclusion. Where the evidence supports the need for such a policy and the balancing of interests warrants it, the employer’s policy prevails; where it doesn’t, the employee’s right to privacy carries the day. [Emphasis added; para. 69.]

de l’alcool au travail ou durant les périodes de repas », que la direction avait « souvent trouvé des bouteilles de bière ou d’alcool vides dans des véhicules ou dans les poubelles » et qu’« à quelques reprises, des employés ont apporté de la bière dans les véhicules de déneigement » (par. 256). L’arbitre a finalement conclu que ce témoignage démontrait un « problème beaucoup plus répandu » (par. 262).

[97] Si on tient compte de ces deux décisions, le constat qui se dégage est qu’il existe un consensus arbitral selon lequel un employeur doit fournir des *indices démontrant l’existence d’un problème de consommation d’alcool en milieu de travail* pour justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Il s’agit du seuil de preuve accepté par les arbitres qui ont confirmé ces politiques (*Strathcona, GTAA*) et par ceux qui les ont annulées (*Esso Petroleum*). Ainsi, comme le conseil n’a pas expliqué, implicitement ou explicitement, pourquoi il a fait abstraction de ce seuil, le syndicat, la direction et la Cour devraient pouvoir présumer que *ce* seuil de preuve est celui qu’il a appliqué en l’espèce. Mais, comme nous l’expliquerons, ce n’est pas ce qu’a fait le conseil.

D. *La dérogation du conseil d’arbitrage au consensus arbitral*

[98] En l’espèce, le conseil connaissait bien la jurisprudence arbitrale applicable. Comme nous l’avons déjà dit, il a examiné la décision *Nanticoke* et a conclu — de façon convaincante, à notre avis — qu’elle n’était pas utile en l’espèce (par. 61). Le conseil a ensuite procédé à l’analyse des décisions *Strathcona* et *GTAA*, citant les mêmes passages que nous avons cités précédemment, et a conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] [Ces décisions] qui font état d’un processus de recherche des faits centré sur les risques dans le lieu de travail précis et les moyens adoptés pour les éviter, d’une part, et la mise en balance des intérêts visés, d’autre part, mènent à une conclusion. Lorsque des indices démontrent la nécessité d’une telle politique et que la mise en balance des intérêts la justifie, la politique de l’employeur prévaut; dans le cas contraire, le droit de l’employé à la protection de sa vie privée l’emporte. [Nous soulignons; par. 69.]

The board also noted, referring to the earlier cases:

There are numerous statements in the cases to the effect that an employer, to be successful, must lead evidence of a problem existing in its own workplace, but as a general statement I think this is somewhat overbroad. Evidence of risk may be available from the nature of the industry itself. The cases recognize a lighter burden of justification on an employer engaged in the operation of an ultra-hazardous endeavour. [Emphasis added; para. 75.]

[99] As a preliminary matter, we note the board's reference to an "ultra-hazardous endeavour" comes from remarks in Arbitrator Picher's decision in *C.N.R.*, a leading case that concerned reasonable cause and post-incident testing (see *C.N.R.*, at pp. 377-78). The board here appeared willing to depart from the arbitral consensus such that the lower evidentiary requirement could be applied to random testing cases, but ultimately concluded that the Irving mill did not fit into that category of facilities recognized in *C.N.R.* (para. 103). According to the jurisprudence, Irving thus had to lead *some* evidence of an alcohol problem at the mill in order to establish the reasonableness of its policy.

[100] We would not impugn the board's finding as to the level of dangerousness of the mill and the requirement flowing from that finding that Irving had to lead evidence of alcohol use. While the respondent made much of the board's conclusion in this regard, in our view, nothing in this case turns on whether the Irving mill was "ultra-hazardous" (whatever that may mean) or not because, as we will explain, the board departed from the consensus evidentiary standard after it concluded that some evidence was required. That unreasonable finding is sufficient to decide this case.

Le conseil a également souligné ce qui suit, renvoyant aux décisions antérieures :

Dans leurs sentences, les arbitres ont indiqué à maintes reprises que l'employeur, pour avoir gain de cause, doit fournir des indices révélant l'existence d'un problème dans son propre lieu de travail, mais, en général, j'estime que cela est quelque peu excessif. Le risque peut ressortir de la nature même de l'industrie. Les décisions reconnaissent que le fardeau de justification est moins lourd pour l'employeur qui exploite une entreprise ultra-dangereuse. [Nous soulignons; par. 75.]

[99] À titre préliminaire, nous remarquons que la référence du conseil à une [TRADUCTION] « entreprise ultra-dangereuse » est inspirée de remarques formulées par l'arbitre Picher dans la sentence arbitrale *C.N.R.*, une décision de principe qui portait sur des tests de dépistage réalisés pour un motif raisonnable et post-incident (voir *C.N.R.*, p. 377-378). En l'espèce, le conseil semblait disposé, au départ, à faire abstraction du consensus arbitral pour faire en sorte qu'une norme de preuve moins stricte puisse s'appliquer aux décisions en matière de tests aléatoires de dépistage. Or, il a conclu en définitive que l'usine Irving ne répondait pas à cette catégorie d'établissements reconnue dans *C.N.R.* (par. 103). Suivant la jurisprudence, Irving devait donc fournir *des* indices démontrant l'existence d'un problème de consommation d'alcool à l'usine afin d'établir la raisonnablement de sa politique.

[100] Nous ne porterons pas de jugement sur la conclusion du conseil quant au niveau de dangerosité de l'usine et à l'exigence en découlant selon laquelle Irving devait fournir des indices démontrant que certains de ses employés consommaient de l'alcool. Bien que la défenderesse ait fait grand cas de la conclusion du conseil à cet égard, nous sommes d'avis que rien en l'espèce ne repose sur la question de savoir si l'usine Irving était « ultra-dangereuse » (quel que soit le sens de cette expression) parce que, comme nous l'expliquerons, le conseil a fait abstraction de la norme de preuve établie par les arbitres et ce, après avoir conclu que des indices de consommation d'alcool étaient nécessaires. Cette conclusion déraisonnable est suffisante en soi pour trancher le présent pourvoi.

[101] In any event, as we explained earlier in these reasons, we know of no case in which an arbitral board has approved of random alcohol testing absent *some* evidence of alcohol use (see, e.g., *Strathcona* and *GTAA*). That fact, while not dispositive, at minimum shapes the range of reasonable outcomes in this case. Of course, an arbitral board in some future case may think it reasonable to adopt the principles in *C.N.R.* in order to conclude that no evidence is required to justify random alcohol testing in the context of a particular dangerous environment. We, however, have no occasion to go that far in this case. Our focus is not the rule emerging from the arbitral jurisprudence, which we accept as reasonable for present purposes, but rather an outcome that unreasonably departs from it.

[102] Turning then to evidence introduced in this case, Irving relied on the testimony of Leo Moorehouse, who served as industrial relations superintendent at the mill from 1987 to 2008, and an exhibit provided by the company listing specific incidents of employee intoxication or alcohol consumption at the mill. The exhibit listed seven instances, dating from April 29, 1991, through January 11, 2006 — the last, we hasten to add, being a mere three weeks before the policy’s implementation — where employees identified by name were variously “under the influence of alcohol, consuming and in possession of alcohol on company premises”, “under the influence of alcohol while at work”, and “consuming alcohol on company premises” (A.R., vol. II, at p. 121). Mr. Moorehouse testified that the exhibit was “by no means an exhaustive list” and that he had “witnessed [alcohol use at the mill] on a lot of occasions” (board’s reasons, at para. 107).

[103] The board found Mr. Moorehouse’s testimony “not persuasive”, but it did think that the exhibit was “more helpful” in assessing the

[101] Quoi qu’il en soit, comme nous l’avons déjà expliqué dans les présents motifs, nous ne connaissons aucune décision par laquelle un conseil d’arbitrage aurait approuvé des tests aléatoires de dépistage d’alcool en l’absence d’indices *quelconques* démontrant un problème de consommation d’alcool (voir, p. ex., *Strathcona* et *GTAA*). Bien qu’il ne soit pas déterminant, ce fait détermine à tout le moins l’éventail des issues raisonnables possibles en l’espèce. Bien entendu, dans une affaire ultérieure, le conseil d’arbitrage peut estimer qu’il est raisonnable d’adopter les principes énoncés dans *C.N.R.* afin de conclure qu’aucun élément de preuve n’est nécessaire pour justifier les tests aléatoires de dépistage d’alcool dans le contexte d’un environnement particulièrement dangereux. Toutefois, nous n’avons aucune raison d’aller aussi loin en l’espèce. Ce qui nous importe, ce n’est pas la règle découlant de la jurisprudence arbitrale, qui est raisonnable selon nous aux fins du présent pourvoi, mais plutôt la conclusion qui en fait déraisonnablement abstraction.

[102] S’agissant maintenant de la preuve présentée en l’espèce, Irving s’est fondée à la fois sur le témoignage de Leo Moorehouse, directeur des relations industrielles à l’usine de 1987 à 2008, et sur un document fourni par la société et énumérant des incidents précis attribuables à l’intoxication ou à la consommation d’alcool par des employés à l’usine. Le document énumérait sept événements, s’étant déroulé entre le 29 avril 1991 et le 11 janvier 2006 — dont le dernier, nous nous empressons de le préciser, a eu lieu seulement trois semaines avant la mise en œuvre de la politique — où les employés identifiés par leur nom avaient soit [TRADUCTION] « été sous l’influence de l’alcool, consommé de l’alcool et été en possession d’alcool sur les lieux de travail », « été sous l’influence de l’alcool au travail », soit « consommé de l’alcool sur les lieux de travail » (d.a., vol. II, p. 121). M. Moorehouse a déclaré que le document n’était [TRADUCTION] « en aucun cas une liste exhaustive » et qu’il avait été « témoin [de consommation d’alcool à l’usine] à de nombreuses reprises » (motifs du conseil, par. 107).

[103] Le conseil a estimé que le témoignage de M. Moorehouse n’était [TRADUCTION] « pas convaincant », mais était d’avis que le document était

evidence of alcohol use at the mill (para. 108). The board then concluded:

This evidence is not to be dismissed, and I do not do so, but it cannot be said to be indicative of a significant problem with alcohol-related impaired performance at the plant. As well, such as it is, it is not tied in with what the actual experience has been in this plant, with accident, injury and near-miss history, and with what group or groups of employees. I therefore have no idea of what the elements of any such record are; still less whether any lapses have been causally linked to the abuse of alcohol. [Emphasis added; para. 109.]

We note that though the phrase “significant problem with alcohol-related impaired performance” was used in the board’s final reasons, the draft reasons employ the phrase “serious problem with alcohol abuse” in the very same paragraph (A.R., vol. I, at p. 68 (emphasis added)). The language in the paragraph is otherwise identical between the draft and final reasons, and we do not know what led to the revision. Both the draft and final reasons are included in the appellant’s record before this Court and both versions are signed and dated.

[104] Two issues become immediately apparent from the board’s conclusion as to the evidence. First, the standard it applied was one of “significant problem” (based on the final version of the reasons) or a “serious problem” (based on the draft). In either case, as we have just discussed, that is not the standard reflecting the arbitral consensus for justification of a random alcohol testing policy. In none of the cases of which we are aware, whether those that upheld such policies or those that set them aside, have we seen language requiring evidence of a “significant” or “serious” problem. Rather, the standard has been that of evidence of *a* problem. The difference between the two approaches is obviously a marked one and it cannot be ignored.

« plus utile » pour évaluer la preuve d’un problème d’alcool à l’usine (par. 108). Le conseil a ensuite conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Cet élément de preuve ne doit pas être rejeté, et je m’abstiendrai de le faire, mais on ne saurait affirmer qu’il témoigne d’un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool. De plus, tel qu’il est, il n’est pas lié à l’expérience vécue dans cette usine, c’est-à-dire aux accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse — et au groupe ou groupes d’employés. Par conséquent, je n’ai aucune idée d’en quoi consiste les éléments de ce document; encore moins si toute inconduite a un lien de causalité avec la consommation d’alcool. [Nous soulignons; par. 109.]

Nous remarquons que bien que la phrase « un problème important relatif à des employés qui se présentent à l’usine avec les capacités affaiblies par l’alcool » ait été utilisée dans les motifs définitifs du conseil, le projet de motifs faisait plutôt référence dans ce paragraphe à « un problème grave d’abus d’alcool » (d.a., vol. I, p. 68 (nous soulignons)). Le libellé du paragraphe est par ailleurs identique entre le projet de motifs et les motifs finaux, et nous ne savons pas ce qui a mené à la révision. Ces deux versions des motifs sont incluses dans le dossier de l’appelant dont nous disposons et elles sont toutes deux signées et datées.

[104] Deux questions ressortent immédiatement de la conclusion du conseil quant à la preuve. Premièrement, la norme qu’il a appliquée était celle d’un « problème important » (selon la version finale des motifs) ou d’un « problème grave » (selon le projet). Dans les deux cas, comme nous venons d’en discuter, cette norme n’est pas celle qui se dégage du consensus arbitral permettant à l’employeur de justifier sa politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool. Dans aucune des décisions dont nous avons connaissance, que ce soit celles qui ont confirmé ces politiques ou celles qui les ont annulées, n’avons-nous vu l’obligation de démontrer l’existence d’un problème « important » ou « grave ». Au contraire, la norme applicable a été celle de la preuve d’indices d’un problème. La différence entre les deux approches est évidemment très marquée et ne peut être ignorée.

[105] Second, the board required that the evidence of alcohol use be “tied” or “causally linked” to “accident, injury and near-miss history” at the plant. Again, there is no support for such a requirement in the arbitral jurisprudence. While it is true that the board in *Strathcona* relied on survey data that indicated alcohol use “was thought to be a contributing factor” in workplace incidents (p. 56), there is no support in that case for the conclusion that the employer must establish cause and effect between alcohol use and a workplace incident. Indeed, the reasons in *Strathcona* say exactly the opposite:

... an Employer does not have to wait for “a serious incident of loss, damage, injury or death” to occur before taking action. Likewise, given the inherent risks at the Refinery, the Employer is not bound to bide its time, patiently building a case in favour of random testing, one incident after another. [Emphasis added; p. 73.]

In any case, to require that an employer tie alcohol use to actual incidents at the mill, as the board in this case did, is not only unreasonable, it is patently absurd. The arbitral cases recognize that evidence of alcohol use at an inherently dangerous facility such as the Irving mill — where the impact of a catastrophic failure could extend well beyond the safety of workers — is “a problem” enough.

[106] Taking these two points together, it is beyond question that the board in this case applied an evidentiary standard unknown to the arbitral jurisprudence. And it is the application of that higher standard which, in our view, dictated the board’s conclusion in this case. As such, this is not a matter of quibbling with a few arguable statements or intermediate findings in the board’s reasons — the higher evidentiary standard is *the* basis for the board’s ultimate conclusion.

[105] Deuxièmement, le conseil a exigé que l’élément de preuve démontrant l’existence d’un problème d’alcool soit [TRADUCTION] « lié » aux « accidents et aux blessures — réels ou évités de justesse » à l’usine ou ait un « lien de causalité » avec ceux-ci. Là encore, cette exigence n’est aucunement étayée par la jurisprudence arbitrale. Bien qu’il soit vrai que le conseil dans *Strathcona* se soit fondé sur les résultats d’un sondage indiquant que des accidents de travail « étaient attribuables [selon des employés] à la consommation d’alcool » (p. 56), rien ne permet de conclure en l’espèce que l’employeur doit établir un lien de cause à effet entre la consommation d’alcool et un incident de travail. En effet, les motifs dans *Strathcona* indiquent exactement le contraire :

[TRADUCTION] . . . l’employeur ne doit pas attendre qu’« un incident grave, comme une perte, des dommages, des blessures ou un décès », ne survienne avant de prendre des mesures. De même, compte tenu des risques inhérents à la raffinerie, l’employeur n’est pas tenu d’attendre avant d’agir, en constituant patiemment un dossier pour justifier des tests aléatoires, un incident après l’autre. [Nous soulignons; p. 73.]

Quoi qu’il en soit, exiger que l’employeur lie la consommation d’alcool aux incidents réels à l’usine, comme le conseil l’a fait en l’espèce, est non seulement déraisonnable, mais manifestement absurde. Les sentences arbitrales reconnaissent que la preuve de la consommation d’alcool dans un établissement intrinsèquement dangereux comme l’usine Irving — où les répercussions d’un manquement catastrophique pourraient se faire sentir bien au-delà de la sécurité des travailleurs — est suffisamment « un problème ».

[106] Si on considère ces deux points, il ne fait aucun doute que le conseil en l’espèce a appliqué une norme de preuve inconnue de la jurisprudence arbitrale. C’est l’application de cette norme plus élevée qui, à notre sens, a dicté la conclusion du conseil en l’espèce. Par conséquent, il ne s’agit pas ici de contester certaines déclarations ou conclusions intermédiaires discutables énoncées dans les motifs du conseil — la norme de preuve plus élevée est *le* fondement de la conclusion finale du conseil.

[107] It is clear from the board's reasons that it accepted that "the Irving plant is one in which great care must be taken with safe work practices" and that "the mill in normal operation is a dangerous work environment" (paras. 98 and 102). There was also no dispute that Mr. Day's job was properly characterized as safety-sensitive, and his job role was "noted [in the evidence] as showing one of the highest risks in the plant" (para. 90). Furthermore, the board also accepted that the use of a breathalyser was "minimally intrusive", "among the alternatives, ha[d] the lowest impact on the privacy right", and was "a reasonable choice for this employer" (paras. 117-18). Those conclusions are not challenged by either party on appeal.

[108] However, when it came to balancing the interests as part of *KVP* reasonableness, the board concluded that "[Irving's] scheme [got] into heavier weather" (para. 119) because the company failed to demonstrate a "significant degree of incremental safety risk attributable to employee alcohol use" at the plant (para. 120). In other words, the board concluded that the company's policy was unreasonable *because the evidence of alcohol use that Irving introduced fell short of the higher standard the board applied*. The evidence, in short, was the decisive factor.

[109] To be clear, and as we observed earlier, it was open for the board in this case to depart from the arbitral consensus in reaching its conclusion, provided it had a reasonable basis for doing so. In so departing, it was thus incumbent upon the board to provide some explanation for its reasoning. Here, the board provided no explanation whatsoever — whether implicit or explicit, reasonable or unreasonable — for the new evidentiary standard that it applied.

[110] The board's departure from the arbitral consensus resulted in a decision that fell outside the range of reasonable outcomes defensible in the facts and law. In the absence of a reasonable explanation for its novel test, the board must be taken as

[107] Clairement, au vu de ses motifs, le conseil a reconnu que [TRADUCTION] « l'usine Irving exige des pratiques de travail sécuritaires » et « constitue en temps normal un environnement de travail dangereux » (par. 98 et 102). Nul ne conteste non plus que le poste de M. Day était adéquatement qualifié d'« à risque » et que, selon la preuve, son poste était « un des plus risqués à l'usine » (par. 90). Le conseil a également reconnu que l'utilisation d'un éthylomètre était la solution « la moins attendue possible », « parmi toutes, celle qui présent[ait] la plus faible incidence sur le droit à la protection de la vie privée » et était un « choix raisonnable pour cet employeur » (par. 117-118). Ces conclusions ne sont pas contestées par l'une ou l'autre des parties dans le pourvoi.

[108] Toutefois, en ce qui a trait à la mise en balance des intérêts dans le cadre de l'examen de la raisonabilité tel qu'il est décrit dans *KVP*, le conseil a conclu que [TRADUCTION] « [c]'est là où, pour le régime adopté par [Irving], le bât blesse » (par. 119) parce que la société n'a pas démontré un « degré significatif d'augmentation du risque à la sécurité attribuable à la consommation d'alcool par les employés » à l'usine (par. 120). Autrement dit, le conseil a conclu que la politique de la société était déraisonnable *parce que la preuve de la consommation d'alcool qu'Irving a présentée ne répondait pas à la norme plus élevée qu'il a appliquée*. Bref, la preuve était le facteur déterminant.

[109] Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous tenons à préciser qu'il était loisible au conseil en l'espèce de faire abstraction du consensus arbitral pour arriver à sa conclusion, pourvu qu'il eût un motif raisonnable de le faire. Ainsi, il incombait au conseil d'expliquer son raisonnement. En l'espèce, il n'a fourni aucune explication — implicite ou explicite, raisonnable ou déraisonnable — pour justifier la nouvelle norme de preuve qu'il a appliquée.

[110] La dérogation du conseil au consensus arbitral a donné lieu à une décision qui n'appartenait pas aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Comme le conseil n'a pas expliqué de façon raisonnable pourquoi il

having misapplied the existing test, which in the circumstances of this case rendered its decision unreasonable. See *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345: “Because the Board’s finding of unfairness was based on . . . a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable” (para. 37, *per* Abella J.).

[111] Whether Irving in fact introduced evidence sufficient to meet the evidentiary standard reflected in the arbitral consensus is not the issue before us. Our concern in this appeal is whether the appropriate standard was applied by the board. Though we take no position on the sufficiency of the evidence brought to bear by Irving, we do note that the documented history of alcohol use by individual employees would appear to be similar to the evidence accepted as sufficient in other cases as reasonably justifying similar policies in similar contexts. The actual determination of that matter, however, is the responsibility of a future arbitral board, should the policy be challenged again.

E. *Further Unreasonableness in the Board’s Decision*

[112] We turn finally to a further aspect of the board’s reasoning that undermined the reasonableness of its ultimate conclusion. The board drew an adverse inference as to the reasonableness of the random alcohol testing policy based on the fact that only 10 percent of mill employees in safety-sensitive positions were tested in any given year. Irving’s choice of that figure was characterized as “indirect evidence from which the inference can be drawn that plant management does not regard the incremental safety risk posed by alcohol in this plant as being high” (para. 110). In other words, it was used to support the board’s conclusion that there was insufficient evidence of an alcohol problem at the mill.

a appliqué un nouveau critère, nous devons considérer qu’il a mal appliqué le critère déjà établi, ce qui, dans les circonstances de l’espèce, a rendu sa décision déraisonnable. Voir *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345 : « Comme j’estime que la Commission conclut au caractère inéquitable à l’issue d’une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*, sa décision est déraisonnable » (par. 37, la juge Abella).

[111] Nous ne sommes pas saisis de la question de savoir si Irving a présenté des éléments de preuve suffisants pour répondre à la norme de preuve reconnue par les arbitres. Nous devons plutôt nous demander si le conseil a pris sa décision suivant la norme applicable. Bien que nous ne prenions pas position sur la suffisance de la preuve présentée par Irving, nous remarquons que le passé bien documenté des employés relativement à leur consommation d’alcool semble être similaire à la preuve reconnue comme suffisante dans d’autres décisions pour justifier raisonnablement des politiques semblables dans des contextes semblables. Toutefois, la détermination de cette question revient à un conseil d’arbitrage ultérieur, advenant le cas où la politique serait de nouveau contestée.

E. *Autre élément de déraisonnabilité dans la décision du conseil*

[112] Nous nous penchons enfin sur un autre aspect du raisonnement du conseil qui a miné la raisonabilité de sa conclusion finale. Le conseil a tiré une inférence contradictoire quant à la raisonabilité de la politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool en s’appuyant sur le fait que seulement 10 pour 100 des employés de l’usine occupant des postes à risque ont subi des tests au cours d’une année donnée. Le choix d’Irving de ce pourcentage était qualifié de [TRADUCTION] « preuve indirecte à partir de laquelle on peut inférer que la direction de l’usine ne considère pas que l’augmentation du risque pour la sécurité découlant de la consommation d’alcool dans cette usine est élevée » (par. 110). Autrement dit, le conseil s’est servi de ce pourcentage pour étayer sa conclusion portant que la preuve de l’existence d’un problème d’alcool à l’usine n’était pas suffisante.

[113] The board’s inference was unreasonable for three reasons. First, as the board itself recognized, “[b]ecause the random alcohol testing policy is based upon deterrence, the percentage chosen for testing represents its estimate of what is required to achieve that goal” (para. 110 (emphasis added)). In other words, the figure should be understood not as an indication of the level of the problem, but *what it will take to solve the problem*. Indeed, the value of a random alcohol testing program comes not from what it detects, but from what it deters. Academic literature — not to mention common sense — teaches that even low testing percentages can be highly effective in deterring the relevant conduct. See, e.g., J. I. Borack, “Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs”, U.S. Navy Personnel Research and Development Center (March 1998) (explaining that a 20 percent random test rate “achiev[ed] significant benefits” in deterring drug use among service members while tripling the test rate to 58 percent would provide “modest increases [in deterrence] . . . but at significantly higher cost” (p. 15)).

[114] Second, the board’s reasoning would perversely incentivize employers to test a *higher* percentage of their employees in order to establish the reasonableness of their workplace drug and alcohol testing policies. Manifestly, testing a greater number of employees leads to a greater intrusion into the privacy of those employees. Indeed, to the extent a testing threshold were higher than reasonably necessary to achieve the desired deterrent effect, it may well fail to satisfy the minimal impairment analysis arbitrators have conducted as part of the balancing of interests.

[115] Third and finally, the threshold set by Irving is hardly out of the mainstream for random alcohol testing. For example, the U.S. Department

[113] L’inférence du conseil était déraisonnable pour trois raisons. En premier lieu, comme le conseil le reconnaît lui-même, [TRADUCTION] « [I]a politique de tests aléatoires de dépistage d’alcool étant fondée sur la dissuasion, le pourcentage d’employés choisis pour subir les tests représente ce que l’employeur estime être nécessaire pour atteindre cet objectif » (par. 110 (nous soulignons)). Autrement dit, le pourcentage devrait être interprété non pas comme une indication de l’ampleur du problème, mais comme une indication de *ce qu’il faudra pour régler le problème*. En effet, la valeur d’un programme de tests aléatoires de dépistage d’alcool ne vient pas de ce qu’il détecte, mais de ce qu’il dissuade. La littérature didactique — sans compter le bon sens — nous enseigne que même les faibles pourcentages de dépistage peuvent être hautement efficaces pour dissuader de s’adonner à la conduite en cause. Voir, p. ex., J. I. Borack, « Costs and Benefits of Alternative Drug Testing Programs », U.S. Navy Personnel Research and Development Center (mars 1998) (dans lequel l’auteur explique qu’un taux de tests aléatoires de dépistage de 20 pour 100 a permis de dissuader [TRADUCTION] « de façon importante » les membres du service de consommer de la drogue, alors que tripler le taux à 58 pour 100 apporterait « des améliorations modestes [en terme de dissuasion] [. . .] mais coûterait beaucoup plus cher » (p. 15)).

[114] En deuxième lieu, le raisonnement du conseil inciterait abusivement les employeurs à faire subir un test à un pourcentage *plus élevé* d’employés afin d’établir la raisonnable de leurs politiques de tests de dépistage de drogue et d’alcool en milieu de travail. Manifestement, le fait d’assujettir un plus grand nombre d’employés aux tests de dépistage mène à une intrusion plus grande dans la vie privée de ces employés. En effet, dans la mesure où un seuil de test est plus élevé que ce qui est raisonnablement nécessaire pour obtenir l’effet dissuasif souhaité, il peut fort bien ne pas satisfaire à l’analyse de l’atteinte minimale effectuée par les arbitres dans le cadre de la mise en balance des intérêts.

[115] En troisième et dernier lieu, le seuil établi par Irving n’est pas marginal en ce qui a trait aux tests aléatoires de dépistage d’alcool. Par exemple,

of Transportation, a leading policy-maker in this area, sets a 10 percent threshold for employers subject to its regulations, as the board in this case recognized (para. 111; see also U.S. Department of Transportation, “Current Random Testing Rates” (online)).

III. Conclusion

[116] The decision of the board in this case cannot be said to fall within the range of reasonable outcomes defensible in respect of the facts and law. Though purporting to apply the accepted test from the arbitral jurisprudence, the board unreasonably departed from it. And in applying its own novel test, the board compounded the unreasonableness of its finding by reasoning in a manner that was again unreasonable.

[117] To be sure, the decisions of labour arbitration boards command judicial deference. But, in our respectful view, “deference ends where unreasonableness begins” (*Khosa*, at para. 160, *per* Fish J.).

[118] For these reasons, we respectfully dissent.

Appeal allowed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN and MOLDAVER JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Pink, Larkin, Fredericton.

Solicitors for the respondent: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the interveners the Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association and Enform: Dentons Canada, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian National Railway Company, the Canadian Pacific Railway Company and Via Rail Canada Inc.: Heenan Blaikie, Montréal; Canadian National Railway Company, Montréal.

le département des Transports des É.-U., chef de file en la matière, établit un seuil de 10 pour 100 pour les employeurs assujettis à sa réglementation, comme l’a reconnu le conseil en l’espèce (par. 111; voir également U.S. Department of Transportation, « Current Random Testing Rates » (en ligne)).

III. Conclusion

[116] On ne saurait affirmer que la décision du conseil en l’espèce appartient aux issues raisonnables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Bien qu’il prétende avoir appliqué le critère reconnu par la jurisprudence arbitrale, le conseil a rendu une décision déraisonnable en en faisant abstraction. Qui plus est, en appliquant son propre nouveau critère, le conseil a accentué le caractère déraisonnable de sa conclusion en raisonnant d’une manière qui était, là encore, déraisonnable.

[117] Il est entendu que les décisions des conseils d’arbitrage commandent la déférence judiciaire. Mais, à notre humble avis, « la déférence s’arrête là où commence la déraisonnabilité » (*Khosa*, par. 160, le juge Fish).

[118] Pour ces motifs, nous sommes dissidents.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges ROTHSTEIN et MOLDAVER sont dissidents.

Procureurs de l’appelant : Pink, Larkin, Fredericton.

Procureurs de l’intimée : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenantes Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations — an Alberta Association et Enform : Dentons Canada, Calgary.

Procureurs des intervenantes la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée et Via Rail Canada Inc. : Heenan Blaikie, Montréal; Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.

Solicitors for the interveners the Alberta Federation of Labour and the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 707: Chivers Carpenter, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alliance of Manufacturers & Exporters of Canada, carrying on business as Canadian Manufacturers & Exporters: Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Mining Association, the Mining Association of British Columbia, the Mining Association of Manitoba Inc., the Québec Mining Association, the Ontario Mining Association and the Saskatchewan Mining Association: Heenan Blaikie, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Power Workers' Union: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.

Procureurs des intervenants Alberta Federation of Labour et le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707 : Chivers Carpenter, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, faisant affaire sous le nom de Manufacturiers et Exportateurs du Canada : Gowling Lafleur Henderson, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., l'Association minière du Québec, Ontario Mining Association et Saskatchewan Mining Association : Heenan Blaikie, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Power Workers' Union : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Power Workers' Union, Toronto.

TAB 14

Irving Shipbuilding Inc. and Fleetway Inc. (Appellants)

v.

The Attorney General of Canada and CSMG Inc. (Respondents)

INDEXED AS: IRVING SHIPBUILDING INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Evans and Ryer JJ.A.—Ottawa, February 24, 25 and April 16, 2009.

Crown — Contracts — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review by subcontractors of unsuccessful bidder BAE Systems (Canada) Inc. (BAE) to set aside contract awarded by Minister of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) to respondent CSMG Inc. (CSMG) — Applications Judge holding appellants not “directly affected” by award of contract, lacking standing under Federal Courts Act, s. 18.1(1) — Whether subcontractor of unsuccessful bidder for government procurement contract may apply for judicial review to challenge fairness of process when unsuccessful bidder deciding not to litigate — Appellants’ losses not making them “directly affected” by PWGSC’s decision, as standing not determined by quantum of applicant’s loss — Whether PWGSC owing duty of fairness to appellants — Duty of fairness arising either from contract, legislation, common law — Appellants having no contractual relationship with PWGSC, could not rely on contract between BAE, PWGSC — Financial Administration Act, s. 40.1 not sufficiently precise to impose immediate legal duty of procedural fairness enforceable by bidder, subcontractor — Common law duty of fairness not free-standing — Normally inappropriate to import into predominantly commercial relationship governed by contract public law duty developed in context of performance of governmental functions pursuant to powers derived solely from statute — When Crown entering into contract, rights, duties, available remedies generally determined by law of contract — Subcontractors permitted to bring judicial review proceedings to challenge fairness of process only in extraordinary situations: fraud, bribery, corruption, grave misconduct undermining public confidence in essential integrity of process — Here, appellants not establishing breach of duty of fairness in conduct of procurement process — Appeal dismissed.

Practice — Parties — Standing — Public Works and Government Services Canada (PWGSC) awarding contract to respondent CSMG Inc. — Appellants, subcontractors of unsuccessful bidder, seeking judicial review of that decision — Applications Judge holding appellants not “directly affected” by award of contract, lacking standing under Federal Courts Act, s. 18.1(1) — Appellants’ losses not making them directly affected by PWGSC decision — PWGSC not owing duty of fairness to appellants — Even if such duty owed, duty not breached herein — Appellants thus not having standing to challenge PWGSC decision.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing an application for judicial review by the appellants to set aside a contract to provide in-service support to submarines awarded by the Minister of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) to CSMG Inc. (CSMG). The appellants were subcontractors to BAE Systems (Canada) Inc. (BAE), the unsuccessful bidder. In response to PWGSC’s request for proposals (RFP), the appellants and other subcontractors entered into “teaming agreements” with BAE. The agreement explicitly stated that the “team” was not a joint venture between the appellants and BAE, which remained the sole primary bidder on the submarine contract. The appellants’ contract with BAE would have entitled them to 50% of the revenue and 50% of the work from the submarine contract. The applications Judge held that the appellants were not “directly affected” by the award of the contract to CSMG and hence lacked

standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* to make an application for judicial review. He rejected the argument that the award of the contract was vitiated by conflict of interest and a reasonable apprehension of bias due to the involvement of Weir, a shareholder of CSMG, in the development of the RFP. The principal issue was whether the appellants had a right to procedural fairness in the process by which PWGSC awarded the submarine contract to CSMG.

Held, the appeal should be dismissed.

The award of the submarine contract by the Minister of PWGSC was reviewable under section 18.1 of the *Federal Courts Act* (Act) as a decision of a “federal board, commission or other tribunal” made in the exercise of “powers conferred by or under an Act of Parliament”. The argument focussed on whether the appellants’ losses made them “directly affected” by PWGSC’s decision so as to enable them to make this application for judicial review. 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. Most judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*). To respect the context and purpose of the statutory language of subsection 18.1(1) of the Act, significance must be attached to the common law standing requirements (“person aggrieved” or “specially affected”). Standing is not determined by the quantum of an applicant’s loss. The relationship of the loss to the administrative action impugned and whether it falls within the range of interests protected by the enabling legislation is at least as important.

The fact that this case involved the award of a contract provided the essential context in which to determine if a duty of fairness was owed to the appellants. On the facts of this case, such a duty could arise from contract, legislation or common law. A tender in response to an RFP creates a contract (contract A) governing the conduct of the party calling for tenders. In the present case, BAE elected not to initiate judicial review proceedings in order to establish that the submarine contract was awarded to CSMG in breach of the duty of fairness implicit in contract A. As subcontractors of BAE who have no contractual relationship with PWGSC, the appellants could not rely on contract A between BAE and PWGSC as the source of any legal duty owed to them. Having elected not to enter in a joint venture with BAE to bid for the submarine contract, the appellants could not now claim the benefit of contract A.

Legislation may impose a duty of procedural fairness on PWGSC in its conduct of the procurement process. However, section 40.1 of the *Financial Administration Act* relied on by the appellants, in providing that the Government of Canada is committed to taking appropriate measures to promote fairness in the bidding process, is not sufficiently precise to impose an immediate legal duty of procedural fairness enforceable by a bidder, let alone by a subcontractor.

The common law duty of fairness is not free-standing, but is imposed in connection with the particular scheme in which the impugned administrative decision has been taken. It will normally be inappropriate to import into a predominantly commercial relationship governed by contract (such as in the present case) a public law duty developed in the context of the performance of governmental functions pursuant to powers derived solely from statute. First, judicially imposed procedural duties in favour of subcontractors would undermine the right of a bidder for a procurement contract to determine what, if any, steps it should take in the event of an apparent breach of contract A. Second, procedural rights are personal to those whose substantive rights or interests they protect. Third, the appellants’ logic that they were entitled to procedural fairness opened the alarming possibility of a cascading array of potential procedural rights holders. Fourth, since those who bid in response to an RFP have contractual rights to ensure that their tenders are evaluated accurately and fairly, the protection of the public interest in the integrity of the process does not require a judicial extension of procedural rights to subcontractors. Fifth, the public interest in the efficiency of the tendering process may be compromised by an extension of the right to procedural fairness. Such an extension to subcontractors could only complicate the procurement process and introduce new levels of uncertainty into essentially commercial relationships. To supplement the contractual safeguards with the common law duty of fairness would thus frustrate the parties’ expectations. Sixth, once a contract has been awarded, the public has an interest in the avoidance of undue

delays (such as those caused by setting aside a contract and starting the tendering process again) in its performance and in ensuring that government is able promptly to acquire the goods and services that it needs for the discharge of its responsibilities. When the Crown enters into a contract, its rights, duties, and available remedies are generally to be determined by the law of contract.

Finally, it will only be in the most extraordinary situations that subcontractors should be permitted to bring judicial review proceedings to challenge the fairness of the process. The facts of this case fell short of the kind of extraordinary circumstances in which the Court might intervene at the instance of a subcontractor. These would be, for example, fraud, bribery, corruption or other kinds of grave misconduct which, if proved, would undermine the public confidence in the essential integrity of the process. Here, even if the appellants did have standing, they did not establish a breach of the duty of fairness, including a reasonable apprehension of bias, on the part of PWGSC in its conduct of the procurement process.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Defence Production Act, R.S.C., 1985, c. D-1, s. 16(a) (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 125(F)).
Department of Public Works and Government Services Act, S.C. 1996, c. 16, s. 6 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 157; 2005, c. 30, s. 121).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 28(1)(b),(c).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(1)(a) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 28.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2 “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 40.1 (as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 310).

CASES CITED

APPLIED:

Design Services Ltd. v. Canada, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737, 293 D.L.R. (4th) 437, 64 C.C.L.I. (4th) 159; *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 (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services), [1995] 2 F.C. 694, (1995), 125 D.L.R. (4th) 559, 184 N.R. 260 (C.A.); *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201, 20 C.E.L.R. (N.S.) 171, 202 N.R. 132 (F.C.A.).

REFERRED TO:

Cardinal et al. v. Director of Kent Institution, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577; *Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111, (1981), 119 D.L.R. (3d) 267, 13 B.L.R. 72; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, 193 D.L.R. (4th) 1, 3 C.C.L.T. (3d) 1; *Ratepayers of the School District of the New Ross Consolidated School et al. and Chester and District Municipal School Board, Re* (1979), 102 D.L.R. (3d) 486 (N.S.S.C. (T.D.)).

AUTHORS CITED

- Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback Publishing, 1998.
- Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswell, 1986.
- Emanuelli, Paul. *Government Procurement*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Mullan, David J. and Andrew J. Roman. “*Minister of Justice of Canada v. Borowski: The Extent of the Citizen’s Right to Litigate the Lawfulness of Government Action*” (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 303.
- Woolf, Lord *et al. De Smith’s Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

APPEAL from the Federal Court decision (2008 FC 1102, 89 Admin. L.R. (4th) 200, 336 F.T.R. 208) dismissing an application for judicial review by subcontractors of the unsuccessful bidder to set aside a contract awarded by the Minister of Public Works and Government Services Canada. Appeal dismissed.

APPEARANCES

J. Bruce Carr-Harris, David Sherriff-Scott and Vincent DeRose for appellants.
Michael F. Ciavaglia for respondent Attorney General of Canada.
Lawrence E. Thacker for respondent CSMG Inc.

SOLICITORS OF RECORD

Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.
Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, for respondent CSMG Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Public contracts lie at the intersection of public law and private law. The question raised in this appeal is whether a subcontractor of an unsuccessful bidder for a government procurement contract may apply for judicial review to challenge the fairness of the process for awarding the contract when the unsuccessful bidder decides not to litigate.

[2] This is an appeal from a decision of the Federal Court in which Justice Harrington (applications Judge) dismissed an application for judicial review by Irving Shipbuilding Inc. and Fleetway Inc. (appellants) to set aside a contract awarded by the Minister of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) to CSMG Inc. (CSMG), a company formed by Devonport Management Limited and Weir Canada Inc. (Weir) for the purpose of bidding on this contract.

[3] The appellants were subcontractors to BAE Systems (Canada) Inc. (BAE), the unsuccessful

bidder on a contract to provide in-service support to Canada's Victoria Class submarines (the submarine contract). If the submarine contract had been awarded to BAE, which is not a party to this litigation, the appellants' contract with BAE would have entitled them to 50% of the revenue and 50% of the work from the submarine contract. The potential total value of the submarine contract is said to be approximately \$1.5 billion over 15 years.

[4] The applications Judge held that, unlike BAE, the primary bidder, the appellants were not "directly affected" by the award of the contract to CSMG and hence lacked standing under subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], to make an application for judicial review. Nonetheless, he went on to consider the application on its merits. The applications Judge rejected the appellants' argument that the award of the contract to CSMG was vitiated by procedural unfairness, namely, conflict of interest and reasonable apprehension of bias. The decision is reported as *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 1102, 89 Admin. L.R. (4th) 200.

[5] The appellants say that the applications Judge erred in law by construing too narrowly the words "anyone directly affected" in subsection 18.1(1). Since the termination of their rights under the subcontract to perform work and to receive remuneration was, the appellants argued, the inevitable and foreseen consequence of the Minister's award of the contract to CSMG, they had standing to challenge the fairness of the procurement process. The appellants' essential complaint about the process is that the Minister failed to ensure that no bidder had an unfair advantage over others. More particularly, they allege, an employee of Weir, one of the companies that formed CSMG, gained an insight into the "mindset", or preferences, of the Department of National Defence (DND) officials who evaluated the bids as a result of having worked, in another capacity, with those officials in developing the solicitation documents.

[6] In my view, the appellants have failed to establish that PWGSC owed them a duty of fairness. Since they did not tender to PWGSC's request for proposals (RFP), they cannot claim that the duty was contractual. Nor can they point to legislation which confers on subcontractors a statutory right to procedural fairness. While a broad right to procedural fairness is afforded by the common law to those whose rights, interests or privileges are adversely affected by administrative action, this public law right has little application, if any, to an essentially commercial relationship governed for the most part by the law of contract. Accordingly, I would dismiss the appeal.

B. FACTUAL BACKGROUND

[7] On March 30, 2004, PWGSC solicited letters of interest for the submarine contract and received requests for information from, among others, Peacock Inc. (which later became Weir), Irving, Fleetway, and BAE. Irving and Fleetway are affiliated.

[8] Weir administered, through its marine engineering services division, the Naval Engineering Test Establishment (NETE) which is a government-owned, but privately operated organization. NETE provides independent and impartial test and evaluation services to the Canadian Navy. When Weir was awarded the contract to manage NETE in 1999, it undertook to take steps to ensure that it would not gain any real or perceived unfair competitive advantage in its other dealings with DND as a result of its management of NETE.

[9] In March 2005, PWGSC issued an industry solicitation requesting feedback on the proposed statement of work (SOW), developed by NETE, which was to be incorporated into the RFP for the submarine services. In the following months, the SOW was discussed at both public and closed-door meetings with the interested companies, as a result of which changes were made to the SOW.

[10] On September 22, 2005, PWGSC issued its first RFP soliciting bids for the submarine contract. Bids were submitted by three parties, including CSMG and BAE. As already noted, CSMG was formed for the purpose of bidding on the submarine contract and Weir was one of its two shareholders.

[11] Rather than form a new corporation or enter into a joint venture, BAE acted as the sole primary bidder and prepared its bid with the cooperation of subcontractors; collectively they referred to themselves as “Team Victoria”. The appellants and other subcontractors entered into agreements with BAE, which they called the “teaming agreements”. The appellants’ teaming agreement provided, among other things, for the creation of a steering committee, through which the appellants would have a 50% say in any management decisions taken in the preparation of the bid and, if successful, the execution of the submarine contract. The teaming agreement also explicitly stated that Team Victoria was not a joint venture between the appellants and BAE, which remained the sole primary bidder on the submarine contract.

[12] Before submitting the Team Victoria bid, BAE raised concerns with PWGSC about Weir’s role in developing the SOW and requested that it ensure that no conflict of interest arose. In response, PWGSC assured BAE that it had taken all necessary steps and informed it that any bid submitted would constitute an acknowledgment of this. Team Victoria submitted a bid.

[13] On June 1, 2006, PWGSC informed BAE that the bidding process was cancelled as none of the bidders met all the mandatory requirements. On July 21, 2006, a second RFP was issued, and both CSMG and BAE again submitted bids. On January 10, 2007, PWGSC informed BAE that, although its bid was compliant, CSMG would be awarded the submarine contract because it had received a higher score for the technical aspects of the bid.

[14] The appellants brought an application for judicial review in the Federal Court to challenge the validity of the award of the contract to CSMG. Since the contract concerns national security, the Canadian International Trade Tribunal has no jurisdiction over complaints arising from its award.

C. DECISION OF THE FEDERAL COURT

[15] The applications Judge held that the appellants had no standing to seek judicial review because, as subcontractors of the unsuccessful bidder, they were not “directly affected” by the award of the contract to CSMG within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*. Relying by way of analogy on actions in tort for purely economic loss, he held (at paragraph 22) that “direct” means “without intermediaries”, and that, as the primary bidder on the submarine contract, BAE was an “intermediary”. He relied also (at paragraph 28) on *Design Services Ltd. v. Canada*, 2008 SCC 22, [2008] 1 S.C.R. 737 (*Design Services*), where subcontractors of an unsuccessful bidder failed to establish that PWGSC owed them a duty of care in tort not to award a contract to a non-compliant bidder.

[16] Finally, the applications Judge held (at paragraphs 52–54) that, even if the appellants had the requisite standing, he would have dismissed their claim on its merits, because they had only established a “possibility of mischief”, and not a “probability of mischief”, as a result of any failure by PWGSC to prevent CSMG from benefiting from an unfair advantage based on Weir’s involvement in the development of the RFP. The facts of this case, the applications Judge concluded, did not give rise to a reasonable apprehension that PWGSC was biased in its evaluation of the bids.

[17] Accordingly, the applications Judge dismissed the appellants’ application for judicial review.

D. ISSUES AND ANALYSIS

(i) Jurisdiction

[18] The parties do not dispute that the award of the submarine contract can be the subject of an application for judicial review as an exercise of power conferred by an Act of Parliament on a federal board, commission or other tribunal. I agree with the parties for the following reasons.

[19] The relevant provisions of the *Federal Courts Act* provide as follows [s. 2 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15)]:

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown,

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.

[20] The Minister of Public Works and Government Services Canada has broad statutory responsibilities for the acquisition of goods and services for the Government of Canada. The following statutory provisions are of particular relevance to the present case:

Department of Public Works and Government Services Act, S.C. 1996, c. 16 [s. 6 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 157; 2005, c. 30, s. 121)]

6. The powers, duties and functions of the Minister extend to and include all matters over which Parliament has jurisdiction, not by law assigned to any other department, board or agency of the Government of Canada, relating to

(a) the acquisition and provision of articles, supplies, machinery, equipment and other materiel for departments;

(b) the acquisition and provision of services for departments;

. . . .

(e) the construction, maintenance and repair of public works, federal real property and federal immovables;

Defence Production Act, R.S.C., 1985, c. D-1 [s. 16(a) (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 125(F)]

16. The Minister may, on behalf of Her Majesty and subject to this Act,

(a) buy or otherwise acquire, utilize, store, transport, sell, exchange or otherwise dispose of defence supplies;

In my view, these provisions include a power to contract for the maintenance and servicing of submarines for the DND.

[21] The fact that the power of the Minister, a public official, to award the contract is statutory, and that this large contract for the maintenance and servicing of the Canadian Navy's submarines is a matter of public interest, indicate that it can be the subject of an application for judicial review under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27], a public law proceeding to challenge the exercise of public power. However, the fact that the Minister's broad statutory power is a delegation of the contractual capacity of the Crown as a corporation sole, and that its exercise by the Minister involves considerable discretion and is governed in large part by the private law of contract, may limit the circumstances in which the Court should grant relief on an application for judicial review challenging the legality of the award of a contract.

[22] This Court reached a similar conclusion in *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694 (C.A.) (*Gestion Complexe*), at paragraphs 7–17. The Court held that the exercise by a Minister of a statutory power to call for tenders and to enter into contracts for the lease of land by the Crown could be the subject of judicial review under the former paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] as a decision of “a federal board, commission or other tribunal”.

[23] Although not addressing the particular issue in dispute in the present case, Justice Décaré, writing for the Court, also emphasized the difficulties facing an applicant in establishing a ground of review that would warrant the Court's intervention in the procurement process through its judicial review jurisdiction. Thus, he said (at paragraph 20):

As by definition the focus of judicial review is on the legality of the federal government's actions, and the tendering procedure was not subject to any legislative or regulatory requirements as to form or substance, it will not be easy, in a situation where the bid documents do not impose strict limitations on the exercise by the Minister of his freedom of choice, to show the nature of the illegality committed by the Minister when in the normal course of events he compares the bids received, decides whether a bid is consistent with the documents or accepts one bid rather than another.

[24] This view of the Court's jurisdiction is consistent with that generally adopted by other courts in Canada: see Paul Emanuelli, *Government Procurement*, 2nd ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008), at pages 697–706, who concludes (at page 698):

As a general rule, the closer the connection between a procurement process and the exercise of a statutory power, the greater the likelihood that the activity can be subject to judicial review. Conversely, to the extent that the procurement falls outside the scope of a statutory power and within the exercise of government's residual

executive power, the less likely that the procurement will be subject to judicial review.

English authorities on public contracts and judicial review are considered in Lord Woolf, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur, *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2007), at pages 138–145. Courts generally require an “additional public element” before concluding that the exercise by a public authority of its contractual power is subject to judicial review, even when the power is statutory.

[25] Consequently, on the basis of both authority and principle, I agree that the award of the submarine contract by the Minister of PWGSC is reviewable under section 18.1 of the *Federal Courts Act* as a decision of a “federal board, commission or other tribunal” made in the exercise of “powers conferred by or under an Act of Parliament” (section 2).

(ii) Standard of review

[26] The principal issue that I need to decide in order to dispose of this appeal is whether the appellants had a right to procedural fairness in the process by which PWGSC awarded the submarine contract to CSMG. This is a question of law to be determined on a standard of correctness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 129.

Issue 1: Are the appellants “directly affected” by the award of the submarine contract to CSMG?

[27] The parties made lengthy submissions on the question of whether the appellants had standing to challenge the award of the submarine contract to CSMG as a result of the loss of both their contractual rights as subcontractors and significant potential revenue from the work to be performed under that contract. In particular, the argument focussed on whether the appellants’ losses made them “directly affected” by PWGSC’s decision to award the submarine contract to CSMG so as to enable them to make this application for judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*.

[28] 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.

[29] First, I do not accept the respondents’ contention that, in providing in subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* that “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” may make an application for judicial review, Parliament intended litigants challenging federal administrative action to have more limited access to the Federal Courts than that typically available to those challenging in provincial superior courts administrative action taken by provincial statutory authorities.

[30] Indeed, prior to the 1992 amendments to what was then the *Federal Court Act*, the words “directly affected” only applied to standing to bring an application for judicial review in the Appellate Division of the Federal Court of Canada under the former section 28 with respect to a decision or order of a tribunal to which that section applied. Since standing to bring judicial review proceedings in the Trial Division was left undefined, it was determined on the basis of the common law. As a result of the 1992 amendments, the statutory application for judicial review was extended to the administrative law jurisdiction of both Federal Courts. It seems to me implausible that, by retaining the words “directly affected” in subsection 18.1(1), Parliament thereby intended to narrow litigants’ access to the Federal Court from that which litigants previously had to the Trial Division of the Federal Court.

[31] The principal purpose of the administrative law aspects of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] when enacted in 1970 was to transfer from the superior courts of the provinces to the Federal Court of Canada an almost exclusive supervisory jurisdiction over federal administrative action: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 34. Indeed, far from restricting judicial review, former paragraphs 28(1)(b) and (c) of the Act expanded it somewhat, by removing the common law requirement that any error of law by the tribunal must be apparent on the face of its record, and by including error of fact as a discrete ground of review, even when it could not be said to have been based on “no evidence”. The 1992 extension of the application for judicial review as the procedural vehicle for challenging federal administrative action in both Federal Courts was designed to modernize and facilitate judicial review, not to restrict access to the Federal Court.

[32] 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. . . .

[33] 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 pages 163–164 (*Locus Standi*), especially his apt description (at page 163) of the “semantic wasteland” to be traversed by a court in attempting to apply 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. . . .

[34] The interpretation of the standing requirement in subsection 18.1(1) was addressed by this

Court in *Sunshine Village Corp. v. Superintendent of Banff National Park* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 201 (F.C.A.), at paragraphs 66–68. Writing for the Court, Desjardins J.A. concluded that it was not intended to preclude the Court from granting public interest standing to persons who were not directly affected. The appellants in the present case do not rely on public interest standing.

[35] Second, I do not necessarily agree with the appellants’ argument that standing is determined by the quantum of an applicant’s loss. Attempting to determine whether a loss is big enough to confer standing would tend to be arbitrary and productive of undue uncertainty, although a *de minimis* loss may be regarded as no loss at all. At least as important as the quantity of any loss sustained by an applicant for judicial review is its relationship to the administrative action impugned, and whether it falls within the range of interests protected by the enabling legislation.

Issue 2: Did the appellants have a right to procedural fairness?

[36] The appellants argue that the applications Judge was “distracted” by the “contractual matrix” of this litigation. They say that he should have applied the test for the application of the duty of fairness used with respect to administrative action taken pursuant to the exercise of a statutory power, namely, whether it affects the rights, privileges or interests of individuals: see, for example, *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, at page 653.

[37] I do not agree. In my view, the fact that this case involves the award of a contract provides the essential context in which it must be determined if a duty of fairness is owed to the appellants. On the facts of this case, a duty of fairness may arise in one of three ways: contract, legislation, and the common law.

(i) Contract

[38] A tender in response to an RFP creates a contract (contract A) governing the conduct of the party calling for tenders: *Ontario v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 111. The terms of contract A may include a promise, express or implied, that the contract for which tenders were requested (contract B) will be awarded in a procedurally fair manner and bidders will be treated equally: *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, at paragraph 88.

[39] In the present case, BAE could have relied upon contract A with PWGSC to allege that contract B was awarded to CSMG in breach of the duty of fairness implicit in contract A. Whether BAE would have succeeded, either on an application for judicial review or in an action for damages for breach of contract, is, of course, another question.

[40] However, BAE has elected not to initiate judicial review proceedings, or an action for breach of contract, in order to establish that the contract was awarded to CSMG in breach of the duty of fairness and should be set aside for procedural unfairness or PWGSC should pay damages for breach of contract A. As subcontractors of BAE who have no contractual relationship with PWGSC, the appellants may not rely on contract A between BAE and PWGSC as the source of any legal duty owed to them.

[41] It would have been different if the appellants had entered into a joint venture with BAE to bid for the submarine contract or, together, they had formed a company for the purpose of bidding on the contract. In either of these events, the appellants would have had the benefit of contract A with PWGSC. However, having elected to be subcontractors of BAE, and thus not to expose themselves to potential contractual liability to PWGSC, the appellants cannot now claim the benefit of contract A between PWGSC and BAE because they were not a party to it.

(ii) Statute

[42] In the course of oral argument, counsel for the appellants submitted that legislation conferred on them rights to procedural fairness. Counsel relied on the following provisions:

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11 [s. 40.1 (as enacted by S.C. 2006, c. 9, s. 310)]

40.1 The Government of Canada is committed to taking appropriate measures to promote fairness, openness and transparency in the bidding process for contracts with Her Majesty for the performance of work, the supply of goods or the rendering of services.

[43] Legislation may, of course, impose a duty of fairness on PWGSC in its conduct of the procurement process, and specify its content. However, I am not persuaded that the above provision assists the appellants. The phrase “The Government of Canada is committed to taking appropriate measures to promote the fairness . . . in the bidding process” is not sufficiently precise to impose an immediate legal duty of procedural fairness enforceable by a bidder, let alone by a subcontractor. Rather, it sets a goal and only commits the Government to take future, unspecified steps to ensure that the procurement process is fair.

(iii) Common law

[44] The appellants argue that, as persons adversely affected by the award of the submarine contract to CSMG, they are entitled to challenge the fairness of the process by which it was awarded. They say that their right to procedural fairness arises from the common law in respect of administrative action, namely, the award of the contract to CSMG, because it ended their legal rights under their contract with BAE and caused them substantial financial loss. I do not agree.

[45] The common law duty of fairness is not free-standing, but is imposed in connection with the particular scheme in which the impugned administrative decision has been taken. In my opinion, it cannot be assumed that a duty imposed on the exercise of administrative action taken in the performance of a statutory, governmental function applies in the case of a decision to purchase goods and services where the legal relations of the parties are largely governed by the law of contract.

[46] The context of the present dispute is essentially commercial, despite the fact that the Government is the purchaser. PWGSC has made the contract pursuant to a statutory power and the goods and services purchased are related to national defence. In my view, it will normally be inappropriate to import into a predominantly commercial relationship, governed by contract, a public law duty developed in the context of the performance of governmental functions pursuant to powers

derived solely from statute.

[47] First, judicially imposed procedural duties in favour of subcontractors would undermine the right of a bidder for a procurement contract to determine what, if any, steps it should take in the event of an apparent breach of contract A. The law should normally not override the decision of an unsuccessful bidder to do nothing because, for example, of a fear that the institution of litigation would jeopardize its prospects of obtaining a contract in the future, or of its desire not to be involved in costly and time-consuming litigation. See also *Locus Standi*, at page 171, where Justice Cromwell notes that the law generally defers to the decision of “the more obvious plaintiff” not to institute legal proceedings and therefore does not confer standing on a person less affected by the impugned administrative action.

[48] Second, while also serving the public interest in good government, procedural rights are, to a large extent, personal to those whose substantive rights or interests they protect. For example, in most cases, a person who has waived a right to procedural fairness may not subsequently challenge an administrative decision on the ground that it was made in breach of the duty of fairness: for the relevant authorities, see Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at paragraph 11:5500.

[49] The decision in *Ratepayers of the School District of the New Ross Consolidated School et al. and Chester and District Municipal School Board, Re* (1979), 102 D.L.R. (3d) 486 (N.S.S.C. (T.D.)) is anomalous in conferring standing on a ratepayers’ group challenging the dismissal of a school principal on the ground that he had not been afforded a fair hearing, even though he himself had not litigated the matter: see David J. Mullan and Andrew J. Roman, “*Minister of Justice of Canada v. Borowski: The Extent of the Citizen’s Right to Litigate the Lawfulness of Government Action*” (1984), 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 303, at pages 339–341 and 349.

[50] Third, the logic of the appellants’ argument that they are entitled to procedural fairness opens the alarming possibility of a cascading array of potential procedural rights holders. What, for example, of employees of unsuccessful bidders or their subcontractors who lose their employment as the result of the award of the contract to another bidder? The adverse impact on such employees may be just as serious to them as the loss of the subcontract is to the appellants. It would be unduly formalistic to say that the appellants’ position is distinguishable because their contract provided that their right to share the revenue terminated if the submarine contract was not awarded to BAE.

[51] Fourth, the appellants say that to confer upon them a right to procedural fairness would advance the public’s interest in obtaining value for money by protecting the fairness of the procurement process; an unfair process may discourage bidders from tendering to future RFPs. However, since those who bid in response to an RFP have contractual rights to ensure that their tenders are evaluated accurately and fairly, the protection of the public interest in the integrity of the process does not require a judicial extension of procedural rights to subcontractors. Moreover, if a free-standing right to procedural fairness existed it would not have been necessary for the courts to have implied it as a term of contract A.

[52] Fifth, the public interest in the efficiency of the tendering process may well be compromised by an extension of the right to procedural fairness in the manner urged by the appellants. To extend

the right to procedural fairness to subcontractors and, possibly, to others who have been adversely affected by a contract award, can only complicate the procurement process and introduce new levels of uncertainty into essentially commercial relationships.

[53] To supplement the contractual safeguards with the common law duty of fairness would thus frustrate the parties' expectations. A duty of fairness based on the common law would presumably also include a right for subcontractors, and others, to participate in the procurement process by making representations before the contract was awarded. As already noted, the appellants could have brought themselves within the protection of contract A if they had so chosen, including any duty of fairness arising from it.

[54] Sixth, once a contract has been awarded, the public has an interest in the avoidance of undue delays in its performance, and in ensuring that government is able promptly to acquire the goods and services that it needs for the discharge of its responsibilities. The normal remedy for breach of contract is a simple award of damages, which does not delay the performance of the contract by the winning bidder. In contrast, the more intrusive public law remedy sought by the appellants is that the contract awarded to CSMG be set aside, so that the tendering process can start again. Governments' recent resort to funding "shovel-ready" infrastructure projects as part of a strategy for promoting economic recovery vividly illustrates that delays in getting publicly financed work underway may be detrimental to the public interest.

[55] Two recent decisions of the Supreme Court of Canada support the conclusion that a duty of fairness was not owed to the appellants with respect to the procurement process: *Design Services* and *Dunsmuir*.

[56] The facts of *Design Services* are similar to those of the present case. The appellants were the subcontractors of an unsuccessful bidder on a government contract. As in our case, the appellants in *Design Services* could have entered into a joint venture with the unsuccessful bidder, but did not. The subcontractors and the unsuccessful bidder sued the Government for damages on the ground that it had awarded the contract to a non-compliant bidder. However, on settling its claim, the unsuccessful bidder discontinued its action.

[57] The question for the Court was whether the subcontractor had an action in negligence against the Government for awarding the contract to a non-compliant bidder. In giving the judgment of the Court dismissing the appeal, Justice Rothstein said (at paragraph 56):

In essence, the appellants are attempting, after the fact, to substitute a claim in tort law for their inability to claim under "Contract A". After all, the obligations the appellants seek to enforce through tort exist only because of "Contract A" to which the appellants are not parties. In my view, the observation of Professor Lewis N. Klar (*Tort Law* (3rd ed. 2003), at p. 201) — that the ordering of commercial relationships is usually in the bailiwick of the law of contract — is particularly apt in this type of case. To conclude that an action in tort is appropriate when commercial parties have deliberately arranged their affairs in contract would be to allow for an unjustifiable encroachment of tort law into the realm of contract.

[58] The appellants argue that *Design Services* is distinguishable because the concern of the Court in that case was that the imposition of a duty of care would increase the Crown's exposure to potential financial liability far beyond the contractual arrangements: paragraphs 59–66. But in the

present case, they say, no claim for damages is being made and, once granted, the remedy sought, namely the quashing of the award of the contract, can only be granted once. In my view, however, this is too narrow a reading of *Design Services*.

[59] In *Dunsmuir* the Court considered (at paragraphs 102–117) the appropriateness of imposing a duty of fairness prior to the dismissal of a Crown employee and office holder. The Court decided that, as a general rule, a duty of procedural fairness, and remedies other than damages for breach of contract, have no place in the legal relationship between the Crown on the one hand, and office holders and employees on the other, when their relationship is rooted essentially in contract.

[60] Admittedly, the facts of our case are different from those in *Dunsmuir* because the appellants have no contractual rights against PWGSC. Nonetheless, the broader point made by both *Design Services* and *Dunsmuir* is that when the Crown enters into a contract, its rights and duties, and the available remedies, are generally to be determined by the law of contract.

[61] Finally, if a case arose where the misconduct of government officials was so egregious that the public interest in maintaining the essential integrity of the procurement process was engaged, I would not want to exclude the possibility of judicial intervention at the instance of a subcontractor. However, given the powerful reasons for leaving procurement disputes to the law of contract, it will only be in the most extraordinary situations that subcontractors should be permitted to bring judicial review proceedings to challenge the fairness of the process.

[62] In my view, the facts of this case fall far short of the kind of extraordinary circumstances in which the Court might intervene at the instance of a subcontractor. The appellants do not allege, for example, fraud, bribery, corruption or other kinds of grave misconduct which, if proved, would undermine public confidence in the essential integrity of the process. Indeed, in careful reasons, the applications Judge explained why he was not persuaded that, even if the appellants had standing, they had established a breach of the duty of fairness, including a reasonable apprehension of bias, on the part of PWGSC in its conduct of the procurement process.

E. CONCLUSIONS

[63] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

RICHARD C.J.: I agree.

RYER J.A.: I agree.

TAB 15

***Khalil v Canada (Secretary of State), 1999 4 CanLii 9360 (FCA),
CLA Vol. 1, Part C, Tab 17.***

Khalil v. Canada (Secretary of State), 1999 CanLII 9360 (FCA), [1999] 4 FC 661

Date: 1999-06-30
 File number: A-456-96
 Other citations: 176 DLR (4th) 191 — 16 Admin LR (3d) 193 — [1999] FCJ No 1093 (QL)
 Citation: Khalil v. Canada (Secretary of State), 1999 CanLII 9360 (FCA), [1999] 4 FC 661, <<http://canlii.ca/t/4lqv>>

A-456-96

Fadia Ezzat Khalil, Khaled Mohammad, Soha Mohammad, and Lama Mohammad, by their Litigation Guardian Fadia Ezzat Khalil (Appellants)

v.

Secretary of State for Canada (Respondent)

Indexed as: Khalily. Canada (Secretary of State) (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Robertson and McDonald J.J.A. "Toronto, June 3; Ottawa, June 30, 1999.

Citizenship and Immigration " Status in Canada " Citizens " Application for permanent residence for husband, wife and children, cosigned by husband, wife " Family granted landing " Adjudicator later found husband inadmissible by reason of previous criminal conviction and having misrepresented material facts in application by failing to disclose conviction " Three years after landing, Citizenship Judge, unaware of fact Minister considering proceedings against appellants (wife and children) on basis of same misrepresentation, approved appellants for citizenship " Appellants never called to take citizenship oath " Mandamus not available to compel government to administer citizenship oath to appellants " Appellants have not satisfied all conditions precedent as not having established lawfully admitted to Canada " Reasonable to withhold citizenship until status of husband finalized " Question whether appellants coming to Court with clean hands as wife signed sworn application containing material misrepresentation " As mandamus within discretion of Motions Judge and as discretion exercised judicially, appellate court will not interfere.

Administrative law " Judicial review " Mandamus " Criteria " Whether tripartite test for granting injunctions and stays applicable to mandamus proceedings " Mandamus to compel administration of citizenship oath denied where Minister considering proceedings based on criminal conviction, misrepresentation of material facts.

In 1986, the appellant Fadia Khalil, mother of the three other appellants, made a joint application for permanent residence with her husband. The family was granted landing in February 1987. In December 1988, an adjudicator found that the husband was an inadmissible person under paragraph 27(1)(a) of the *Immigration Act* and that he had been granted landing by reason of misrepresentation of material facts. His claim for Convention refugee status was denied. In February 1990, the wife and her children applied for Canadian citizenship and, in October 1990, a citizenship judge approved the wife and children for citizenship, and advised them that they would be called to take the citizenship oath. A report pursuant to section 27 of the Act was issued against the appellants to the effect that they are subject to an inquiry under the *Immigration Act* on the same grounds as alleged against the husband, but the Minister has deferred inquiry action until the proceedings involving the husband have been concluded. The appellants have yet to be called to take the oath of citizenship. The appellants filed an application for *mandamus* to compel the government to administer the citizenship oath to them. *Mandamus* was refused and the application was adjourned on the ground that her status was not known, and would not be known until the proceedings against her husband were finalized. This was an appeal from that decision.

Held (Robertson J.A. dissenting), the appeal should be dismissed.

On judicial review, the application was adjourned. The Trial Judge noted that [paragraph 5\(1\)\(c\)](#) of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] (the *Act*) requires, *inter alia*, that any person applying for citizenship must have been "lawfully admitted to Canada for permanent residence".³ He concluded that her status was not known, and would not be known until the proceedings against her husband were finalized:

Clearly, the Minister cannot make the necessary determination concerning the effect of paragraph 5(c) [*sic*] until the finalization of Mr. Mohammad's application for revocation status.⁴

The Trial Judge further considered that [section 10](#) of the *Act* provides for the revocation of citizenship where it is discovered that citizenship was obtained by false representations. In his view, however, the existence of a statutory revocation procedure did not warrant the use of *mandamus* to force the Minister to grant citizenship. He wrote that:

In my view, it is certainly more orderly for the Minister to first investigate suspicions of false representation before granting citizenship in this case rather than risk the extremely complex revocation proceeding contemplated by section 18. On May 22, 1996, counsel for the Minister again confirmed her continuing advice to the Minister to take no steps to remove these applicants until the status of the husband has been finalized and to agree to an indefinite adjournment of these proceedings.⁵

Analysis

Mandamus is a discretionary equitable remedy. Before this Court will order a writ of *mandamus*, the following criteria, as set out by Mr. Justice Robertson in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*;⁶ must be satisfied:

- (a) there must be a public legal duty to act under the circumstances;
- (b) the duty must be owed to the applicant;
- (c) there must be a clear right to performance of that duty, and in particular the applicant must have satisfied all conditions precedent giving rise to the duty;
- (d) no other adequate remedy is available to the applicant;
- (e) the order sought must have some practical effect;
- (f) in the exercise of its discretion, the Court must find no equitable bar to the relief sought; and,
- (g) on a balance of convenience, an order of *mandamus* should issue.⁷

In my view, two of the above criteria are central to this case: first, whether the appellants have satisfied all conditions precedent giving rise to the duty as in (c) above; second, whether there was an equitable bar to the relief and whether the decision was within the range of discretion open to the Court as in (f). In the light of the conclusions I reach on these two issues, I do not feel that it is necessary to consider the balance of convenience according to (g) in this case.

No Satisfaction of All Conditions Precedent

In order for a writ of *mandamus* to issue, all conditions precedent giving rise to the public duty must be met.⁸ In this case, one of those conditions is that the appellants must have been "lawfully admitted to Canada". There has been a finding in the husband's case that a serious misrepresentation was included on the joint application for permanent residence. The citizenship judge was unaware at the time of the hearing that proceedings covering these misrepresentations were being considered against the appellants, so that, when they were told that all the requirements for Canadian citizenship were met, that was inaccurate.

I agree with my colleague, Robertson J.A., that the *Act* does not, in normal circumstances, give the discretion to the Minister to grant or withhold citizenship to a person who meets the requirements of citizenship.⁹ However, sections 5 and 12 of the *Act* do not require the Minister to confer citizenship automatically in every situation on every person who is recommended for citizenship by a citizenship judge. [Sections 5](#) and [12](#) of the *Act* mandate the grant of citizenship in the normal course to any person who meets the requirements set out therein. The Minister cannot arbitrarily withhold citizenship from someone who has qualified for it. Where the Minister has information that the requirements of the *Act* have not been met, however, she may delay the conferral of citizenship until it is determined that all the conditions precedent have been met. To hold otherwise would be to force the Minister to confer citizenship on a person who may have gained entry to Canada by misrepresentation only to have to commence proceedings immediately afterwards to revoke it. While the Minister has no discretion to arbitrarily refuse to grant citizenship to a person who meets the requirements, the Minister must retain some authority to refuse

TAB 16

Krause v. Canada, 1999 CanLII 9338 (FCA), [1999] 2 FC 476

Date: 1999-02-08
 File number: A-135-98
 Other citations: 160 FTR 214 — [1999] FCJ No 179 (QL) — 86 ACWS (3d) 4
 Citation: Krause v. Canada, 1999 CanLII 9338 (FCA), [1999] 2 FC 476, <<http://canlii.ca/t/4m2v>>

A-135-98

William Krause and Pierre Després in their Personal Capacities and in their Capacities as Members of the Executive of the Social Science Employees' Association, Edward Halayko and Helen Rapp in their Personal Capacities and their Capacities as Members of the Executive of the Armed Forces Pensioners'/Annuitants' Association of Canada, Luc Pomerleau et Line Niquet en leur nom personnel et en leur qualité de membres de l'Éxecutif du Syndicat canadien des employés professionnels et techniques, and Wayne C. Foy and in his Personal Capacity and in his Capacity as a Member of the Executive of the Aircraft Operations Group Association (*Appellants*) (*Applicants*)

v.

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Respondent*) (*Respondent*)

Indexed as: Krause v. Canada (C.A.)

Court of Appeal, Stone, Linden and Sexton JJ.A." Ottawa, January 19 and February 8, 1999.

Practice " Limitation of actions " Appeal from order striking out November 1997 originating notice of motion for mandamus, prohibition, declaration regarding crediting of amounts to pension plans as required by statute " Appellants alleging ongoing improper amortization of surpluses in each fiscal year since 1993-1994 breach of Minister's duties under Public Service, Canadian Forces Superannuation Acts " Motions Judge holding accounting procedures implemented in 1993-1994 having genesis in respondent's decision in 1989-1990 " Holding originating motion filed beyond 30-day time limit prescribed in Federal Court Act, s. 18.1(2) for application for judicial review in respect of decision or order of federal tribunal " Time limit imposed by s. 18.1(2) not barring appellants from seeking mandamus, prohibition, declaration " S. 18.1(1) permitting anyone directly affected by matter in respect of which relief sought to bring application for judicial review " "Matter" including any matter in respect of which remedy available under s. 18 " S. 18.1(3)(a), (b) contemplating mandamus, declaratory relief, prohibition " Exercise of s. 18 jurisdiction not depending on existence of "decision or order" " Acts of responsible Ministers in implementing decision attacked " Decision to proceed in accordance with 1988 recommendations not resulting in breach of statutory duties.

Practice " Parties " Originating notice of motion alleging ongoing improper amortization of portion of surpluses in Public Service, Canadian Forces pension accounts since 1993-1994, breach of Minister's duties under Public Service, Canadian Forces Superannuation Acts " President of Treasury Board, Minister of Finance should have been named as respondents, rather than Her Majesty " Originating document not otherwise so defective could not be cured by simple amendment " Style of cause so amended.

Practice " Rules " Dispensing with compliance " Originating notice of motion alleging ongoing improper amortization of portion of surpluses in Public Service, Canadian Forces pension accounts, breach of Minister's duties under Public Service, Canadian Forces Superannuation Acts" If breach of statutory duties, occurring because of acts of responsible Ministers in implementing 1988 recommendation as to accounting procedures, not because of decision to implement those procedures " When originating document filed, Federal Court Rules, R. 1602(4) required motion to be in respect of single decision, order, other matter " Former R. 6 giving Court authority

in special circumstances to dispense with compliance with any Rule where necessary in interest of justice " That power continued in new r. 55 " Appropriate in circumstances to dispense with requirement by permitting "matters" to be brought in same proceeding.

Federal Court jurisdiction " Trial Division " Appeal from order striking out originating notice of motion for mandamus, prohibition, declaration as outside time limit prescribed in s. 18.1(2) to bring application for judicial review of federal tribunal's decision or order " Appellants alleging ongoing improper amortization of portions of Public Service, Canadian Forces surpluses since 1993-1994, breach of Minister's duties under Public Service, Canadian Forces Superannuation Acts " Appeal allowed " S. 18.1(1) permitting anyone directly affected by matter in respect of which relief sought to bring application for judicial review " "Matter" including any matter in respect of which remedy available under s. 18 " S. 18.1(3)(a),(b) contemplating mandamus, declaratory relief, prohibition " Exercise of s. 18 jurisdiction not depending on existence of "decision or order".

Administrative law " Judicial review " Mandamus " Appeal from order striking out originating notice of motion as filed beyond time limit prescribed in Federal Court Act, s. 18.1(2) " Appellants seeking mandamus, prohibition, declaration concerning allegation ongoing improper amortization of portions of surpluses in Public Service, Canadian Forces pension accounts since 1993-1994 fiscal year " Initial "decision" to adopt accounting procedure taken in 1989-1990 " Time limit imposed by s. 18.1(2) not barring appellants from seeking mandamus, prohibition, declaration " S. 18.1(1) permitting anyone directly affected by matter in respect of which relief sought to bring application for judicial review of federal tribunal's decision, order " "Matter" including any matter in respect of which remedy available under s. 18 " S. 18.1(3)(a), (b) contemplating mandamus, declaratory relief, prohibition " Exercise of s. 18 jurisdiction not depending on existence of "decision or order" " Acts of responsible Ministers in implementing decision attacked " Statutory duty arising in each fiscal year.

This was an appeal from a Trial Division order striking out the originating notice of motion filed in November 1997 for *mandamus*, prohibition and declaration, and dismissing a cross-motion for an extension of time. The principal complaint was that in each fiscal year beginning with the 1993-1994 fiscal year, the responsible Ministers have failed to credit the Public Service and Canadian Forces superannuation accounts with the full amounts required to be credited pursuant to [Public Service Superannuation Act, subsection 44\(1\)](#) and [Canadian Forces Superannuation Act, subsection 55\(1\)](#). The appellants asserted that in each of those years a portion of the surpluses in those accounts has been improperly amortized, and that these actions are ongoing and are in violation of the Ministers' duties imposed by those subsections. A surplus occurs when the balances of the accounts exceed the liability for future pension benefits determined through actuarial calculations. The Motions Judge noted that the accounting procedures which were implemented by the respondent in the 1993-1994 fiscal year were recommended in 1988 by the Canadian Institute of Chartered Accountants and had their genesis in the respondent's decision in the 1989-1990 fiscal year to put those recommendations into effect. Her Ladyship held that the originating motion had been filed beyond the 30-day time limit prescribed in [Federal Court Act, subsection 18.1\(2\)](#) for an application for judicial review in respect of a decision or order of a federal tribunal in that the initial "decision" to amortize the surpluses was taken in the 1989-1990 fiscal year. Even if the practice of amortizing surpluses in each fiscal year constituted a "decision", such practice commenced in the 1993-1994 fiscal year and any subsequent amortization of portions of the surpluses flowed from that decision.

The appellants submitted that the 30-day time limit specified in subsection 18.1(2) applies only where an application for judicial review is "in respect of a decision or order". They submitted that the actions sought to be reached by *mandamus*, prohibition and declaration were not "decisions" within subsection 18.1(2).

The respondent submitted that the originating document was defective because it improperly named Her Majesty as the respondent, and failed to set out the date and details of the single decision in respect of which judicial review was sought.

Held, the appeal should be allowed; and the style of cause should be amended by substituting "President of the Treasury Board" and "Minister of Finance" for "Her Majesty the Queen in Right of Canada".

The time limit imposed by subsection 18.1(2) did not bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. Subsection 18.1(1) permits "anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought" to bring an application for judicial review. "Matter" embraces not only a "decision or order", but any matter in respect of which a remedy may be available under [Federal Court Act, section 18. Paragraph 18.1\(3\)\(a\)](#), whereby a federal tribunal may be ordered to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do, appears to contemplate an order in the nature of *mandamus*. [Paragraph 18.1\(3\)\(b\)](#) appears to contemplate declaratory relief or prohibition when it provides "whenever a decision, order, act or proceeding" of a federal tribunal is found to be "invalid or unlawful". The language used in subsection 18.1 was designed to accommodate

an application for both a [section 18](#) remedy *per se*, in addition to a "setting aside" or a referral back of a "decision or order". While a decision was made to adopt the 1988 recommendations, it was not that decision, but the acts of the responsible Ministers in implementing that decision that were claimed to be invalid or unlawful. The duty to act in accordance with PSSA, subsection 44(1) and CFSA, subsection 55(1) arose "in each fiscal year".

The exercise of the jurisdiction under section 18 does not depend on the existence of a "decision or order". The decision to adopt the 1988 recommendations did not render the subsection 18.1(2) time limit applicable. That decision itself did not result in a breach of any statutory duties. If such a breach occurred, it was because of the actions taken by the responsible Minister in contravention of the relevant statutory provisions.

The "President of the Treasury Board" and the "Minister of Finance" ought to have been named as respondents rather than "Her Majesty". But the originating document was not otherwise so defective that it could not be cured by simple amendment. When it was filed, *Federal Court Rules* subsection 1602(4) required a notice of motion to be "in respect of a single decision, order or other matter", a requirement that has since been modified by new rule 302. Former Rule 6 vested in the Court authority, in special circumstances, to "dispense with compliance with any Rule where it is necessary in the interest of justice", a power that is largely continued in new rule 55. It was appropriate in the circumstances to dispense with the requirement by permitting the "matters" to be brought in the same proceeding. The appellants have set out sufficient details of those matters in their originating notice.

statutes and regulations judicially considered

[Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. C-17, s. 55\(1\)](#) (as am. by [S.C. 1992, c. 46, s. 50](#)).

[Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18](#) (as am. by [S.C. 1990, c. 8, s. 4](#)), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5), 18.4 (as enacted *idem*).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 6 (as enacted by [SOR/90-846, s. 1](#)), 1602 (as enacted by [SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 14](#)).

Federal Court Rules, 1998, [SOR/98-106](#), rr. 55, 302.

[Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 64\(2\)\(d\)](#).

[Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, s. 44\(1\)](#) (as am. by [S.C. 1992, c. 46, s. 23](#)).

cases judicially considered

applied:

Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans) (1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238; [1997 CanLII 5861 \(FC\)](#), 146 F.T.R. 19 (F.C.T.D.); *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1998 CanLII 9122 \(FCA\)](#), [1999] 1 F.C. 483 (C.A.).

considered:

Rex v. Barker (1762), 3 Burr. 1265; 97 E.R. 823; *Rochester (Mayor of) v. Reg.* (1858), El.Bl. & El. 1024; 113 R.R. 978; *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1982] A.C. 617 (H.L.); *Reg. v. Greater London Council, Ex parte Blackburn*, [1976] 1 W.L.R. 550.

referred to:

Broughton v. Commissioner of Stamp Duties, [1899] A.C. 251 (P.C.); *McCaffrey v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 15; (1993), 93 DTC 5009; 59 F.T.R. 12 (F.C.T.D.); *LeBlanc v. National Bank of Canada*, [1993 CanLII 2988 \(FC\)](#), [1994] 1 F.C. 81 (T.D.); *Atlantic Oil Workers Union v. Canada (Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy)*, [1996 CanLII 4072 \(FC\)](#), [1996] 3 F.C. 539; (1996), 68 C.P.R. (3d) 344; 114 F.T.R. 161 (T.D.).

authors cited

Brown, Donald J. M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto: Canvasback Publishing, 1998.

MacKinnon, B. J. "Prohibition, Certiorari and Quo Warranto" in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto: Richard De Boo Ltd, 1961, 290.

Wade, William and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

APPEAL from a Trial Division order ((1998), [1998 CanLII 7461 \(FC\)](#), 143 F.T.R. 143) striking out an originating notice of motion for *mandamus*, prohibition and declaration with respect to the crediting of amounts to certain pension plans as filed beyond the 30-day time limit prescribed in *Federal Court Act*, [subsection 18.1\(2\)](#). Appeal allowed.

appearances:

Peter C. Englemann for appellants (applicants).

Edward R. Sojonky, Q.C. and *Jan E. Brongers* for respondent (respondent).

solicitors:

Caroline Englemann Gottheil, Ottawa, for appellants (applicants).

Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Stone J.A.: This appeal is from an order of the Trial Division of February 25, 1998 [(1998), [1998 CanLII 7461 \(FC\)](#), 143 F.T.R. 143] granting the respondent's motion to strike the appellants' originating notice of motion and dismissing the appellants' cross-motion for an extension of time.

The originating notice of motion, filed pursuant to sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7] on November 13, 1997, requested relief in the nature of *mandamus*, prohibition and declaration. Its objectives are threefold. First, to compel the respondent to credit the Public Service Superannuation Account and the Canadian Forces Superannuation Account as continued by the *Public Service Superannuation Act*¹ (the PSSA) and the *Canadian Forces Superannuation Act*² (the CFSA), respectively, "with any and all amounts required to be credited" to these accounts and to maintain such amounts to the credits of these accounts pursuant to [subsection 44\(1\)](#) [as am. by S.C. 1992, c. 46, s. 23] of the PSSA and [subsection 55\(1\)](#) [as am. *idem*, s. 50] of the CFSA. Secondly, to prohibit the respondent from debiting these accounts, applying any portion of the amounts credited or required to be credited to other budgetary expenditures or to the national debt or otherwise reducing the amounts credited or required to be credited to both of these accounts. Thirdly, to have declared as contrary to subsection 44(1) of the PSSA and subsection 55(1) of the CFSA the use by the respondent of the "Allowance for Pension Adjustment Account" to debit or reduce the amounts which have been credited or required to be credited to both accounts or to apply any portion of the amount credited or required to be credited to other budgetary expenditures or to the national debt.

Subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA read:

44. (1) There shall be credited to the Superannuation Account in each fiscal year

(a) in respect of every month, an amount equal to the total of

(i) an amount matching the total amount estimated by the Minister to have been paid into the Account during the month by way of contributions in respect of current service other than current service with any Public Service corporation or other corporation as defined in section 37, and

(ii) such additional amount as is determined by the Minister to be required to provide for the cost of the benefits that have accrued in respect of that month in relation to current service and that will become chargeable against the Account;

(b) in respect of every month, such amount in relation to the total amount paid into the Account during the preceding month by way of contributions in respect of past service as is determined by the Minister; and

(c) an amount representing interest on the balance from time to time to the credit of the Account, calculated in such manner and at such rates and credited at such times as the regulations provide, but the rate for any quarter in a fiscal year shall be at least equal to the rate that would be determined for that quarter using the method set out in [section 46](#) of the *Public Service Superannuation Regulations*, as that section read on March 31, 1991.

...

55. (1) There shall be credited to the Superannuation Account in each fiscal year

(a) in respect of every month, an amount equal to the amount estimated by the President of the Treasury Board to be required to provide for the cost of the benefits that have accrued in respect of that month and that will become chargeable against the Account; and

(b) an amount representing interest on the balance from time to time to the credit of the Account, calculated in such manner and at such rates and credited at such times as the regulations provide, but the rate for any quarter in a fiscal year shall be at least equal to the rate that would be determined for that quarter using the method set out in [section 36](#) of the *Canadian Forces Superannuation Regulations*, as that section read on March 31, 1991.

The individual appellants and members of the appellant associations are either contributors to or beneficiaries of the pension plans created and maintained pursuant to the PSSA and the CFSA.

The grounds on which the application for judicial review is based are as follows:³

1. section 44(1) and other sections of the *PSSA* impose a mandatory duty on the Respondent to credit certain amounts to the PS Superannuation Account and to maintain those amounts to the credit of the PS Superannuation Account;
2. the Respondent has failed or refused to credit those amounts, has failed or refused to maintain those amounts to the credit of the PS Superannuation Account, has applied (a) portion(s) of the amount credited or required to be credited to the PS Superannuation Account to other budgetary expenditures or to the national debt and/or has debited or reduced the PS Superannuation Account in a manner not authorized by law;
3. this has been accomplished primarily through the use of the "Allowance for Pension Adjustment Account" or other similarly named accounts to debit or to reduce the PS Superannuation Account or to apply a portion of the amount credited or required to be credited to the PS Superannuation Account to other budgetary expenditures or to the national debt;
4. section 55(1) and other sections of the *Canadian Forces Superannuation Act* impose a mandatory duty on the Respondent to credit certain amounts to the CF Superannuation Account and to maintain those accounts to the credit of the CF Superannuation Account;
5. the Respondent has failed or refused to credit those amounts, has failed or refused to maintain those amounts to the credit of the CF Superannuation Account, has applied (a) portion(s) of the amount credited or required to be credited to the CF Superannuation Account to other budgetary expenditures or to the national debt and/or has debited the CF Account in a manner not authorized by law;
6. this has been accomplished primarily through the use of the "Allowance for Pension Adjustment Account" or other similarly named accounts to debit or to reduce the CF Superannuation Account or to apply a portion of the amount credited or required to be credited to the CF Superannuation Account to other budgetary expenditures or to the national debt.

The principal complaint in issue is that in each fiscal year beginning with the 1993-1994 fiscal year, the responsible Ministers have failed to credit each of the pension accounts with the full amounts required to be credited pursuant to subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA, respectively. The appellants assert that in each of those years a portion of the surpluses standing in the accounts has been improperly amortized over a period of several years through the use of the Allowance for Pension Adjustment Account and that these actions are ongoing and are in violation of the Ministers' duties imposed by those subsections.

The learned Motions Judge noted, at page 148 of her reasons, that a "surplus occurs when the balances of the accounts are in excess of the obligation or liability for future employee pension benefits determined through actuarial calculations." She further noted that the accounting procedures which were implemented by the respondent in the 1993-1994 fiscal year were recommended by the Canadian Institute of Chartered Accountants in 1988 and had their genesis in the respondent's decision in the 1989-1990 fiscal year to put that body's recommendations into effect and to establish the adjustment account pursuant to paragraph 64(2)(d) of the *Financial Administration Act*.⁴ It is not disputed that portions of the surpluses in the two pension accounts were for the first time amortized in the manner recommended in the 1993-1994 fiscal year.

Concern with this accounting treatment of the amounts required to be credited in the 1993-1994 fiscal year was conveyed to the responsible Minister in 1995 by way of an exchange of correspondence between the appellant Krause and the President of the Treasury Board. In the Minister's letter to Mr. Krause of May 18, 1995, he stated at pages 1-2:⁵

There are two particular items in the accounting recommendations of which you should be aware. First, for defined benefit pension plans, there is a requirement to use the "government's best estimate" for the economic and demographic assumptions employed to establish pension liabilities and therefore the financial position of its pension plans, i.e. the difference between the pension plan assets and liabilities. Second, any year to year change in the financial position of a government's pension plans must be amortized over the expected average remaining service life of employees (EARSL). An improvement in a plan's financial position is amortized as an expenditure reduction for the government, while a worsening of the financial position of a plan is amortized as an increase in the government's expenditures.

It should be noted that these amortizations do not affect the actual amounts recorded in a pension fund. Rather, the intent of the accounting standards is to report the realistic liabilities for a pension plan based on its existing terms and conditions and to smooth out the effect of annual fluctuations in the financial position of a pension plan on the government's financial statements, i.e., the effect on the expenditures of a government. In addition, the recorded pension liability in a government's financial statements is intended to be gradually brought in line with the estimated actuarial pension liability.

The respondent's motion to strike of December 23, 1997, was based primarily on the ground that the originating notice of motion was filed beyond the 30-day time limit specified in [subsection 18.1\(2\)](#) of the *Federal Court Act*. Other procedural defects were also alleged including a failure to set out the date and details of the decision, order or other matter in controversy as required by former [Rule 1602](#) [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 14)] and to join the proper persons as respondents. Faced with that motion, the appellants proceeded to file the cross-motion seeking, *inter alia*, permission to bring the application for judicial review outside of the time period specified in [subsection 18.1\(2\)](#), to have the judicial review application treated and proceeded with as an action pursuant to [subsection 18.4\(2\)](#) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] and to amend the style of cause by substituting the President of the Treasury Board and the Minister of Finance as respondents.

The Motions Judge rejected the appellants' argument that the originating notice of motion was filed within time. She determined that the initial "decision" to amortize the surpluses was taken in the 1989-1990 fiscal year, and that even if the practice of amortizing surpluses in each fiscal year constituted a "decision" such practice commenced in the 1993-1994 fiscal year and any subsequent amortization of portions of the surpluses flowed from that decision. On this analysis she concluded that the originating notice of motion was filed well beyond the 30-day time limit in [subsection 18.1\(2\)](#). The appellants submit that the Motions Judge erred in so concluding.

The appellants submit that the actions sought to be reached by way of *mandamus*, prohibition and declaration are not "decisions" within the meaning of [subsection 18.1\(2\)](#). They further contend that if the subsection applies there was not here a single decision but rather a series of annual decisions reflective of the ongoing policy or practice of the respondent over time. Finally, they urge in any event that the decisions to amortize portions of the surpluses in the 1996-1997 fiscal year were attacked within time.

I shall deal with these various arguments together.

If, of course, the appellants are correct that the actions sought to be challenged in the originating notice of motion are not "decisions," then clearly that notice of motion was not filed out of time. This argument calls for some examination of [section 18](#) and [subsections 18.1\(1\) to \(3\)](#) of the *Federal Court Act* which read:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Trial Division has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any

member of the Canadian Forces serving outside Canada.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

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.

(2) An application for judicial review in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within thirty days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected thereby, or within such further time as a judge of the Trial Division may, either before or after the expiration of those thirty days, fix or allow.

(3) On an application for judicial review, the Trial Division 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.

I shall begin by examining the appellants' submission that given the relief they seek to obtain in the originating document, the time bar laid down in subsection 18.1(2) has no application despite the fact that the Ministers in question may have decided as early as the 1989-1990 fiscal year to account for any future surpluses in the two pension accounts in the manner that was recommended by the Canadian Institute of Chartered Accountants in 1988.

Before taking up the appellants' argument that the time bar in subsection 18.1(2) does not apply in the present case, I wish to offer a few observations on the historical roles served by the extraordinary remedies that are made available under [section 18](#) of the *Federal Court Act*.

The common law courts developed the ancient writs of *mandamus*, *certiorari*, and prohibition to restrain the abuse or misuse of power. As early as 1762, Lord Mansfield was of the view that *mandamus* ought to be "used upon all occasions where the law has established no specific remedy, and where in justice and good government there ought to be one."⁶ Almost one hundred years later Baron Martin saw it as the duty of the courts "to be vigilant" to apply the remedy of *mandamus* "in every case to which, by any reasonable construction, it can be made applicable."⁷ Nowadays the remedy is commonly used to enforce the performance of public duties by public authorities of all kind.⁸ Very recently, in *Reg. v. Inland Revenue Comrs., Ex parte National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, Lord Diplock, commenting upon the decision of Lord Denning M.R. in *Reg. v. Greater London Council, Ex parte Blackburn* [[1976] 1 W.L.R. 550, at page 559], stated:⁹

I agree in substance with what Lord Denning M.R. said, at p. 559, though in language more eloquent than it would be my normal style to use:

"I regard it as a matter of high constitutional principle that if there is good ground for supposing that a government department or a public authority is transgressing the law, or is about to transgress it, in a way which offends or injures thousands of Her Majesty's subjects, then any one of those offended or injured can draw it to the attention of the courts of law and seek to have the law enforced, and the courts *in their discretion* can grant whatever remedy is appropriate." (The italics in this quotation are my own.)

The reference here is to flagrant and serious breaches of the law by persons and authorities exercising governmental functions which are continuing unchecked.

The design of prohibition, on the other hand, is preventative rather than corrective.¹⁰ It affords a measure of judicial supervision not only of inferior tribunals but of administrative authorities generally. Specifically it is available "to prohibit administrative authorities from exceeding their powers or misusing them."¹¹ Indeed, prohibition has been granted to supervise the exercise of statutory power by such authorities including an act as distinct from a legal

decision or determination, and a preliminary decision leading to a decision that affects rights even though the preliminary decision does not immediately do so.¹²

Declaratory relief is available, *inter alia*, to determine whether a statute applies in a particular case. It has been stated that:¹³

In administrative law the great merit of the declaration is that it is an efficient remedy against ultra vires action by governmental authorities of all kinds, including ministers and servants of the Crown, and, in its latest development, the Crown itself. If the Court will declare that some action, either taken or proposed, is unauthorised by law, that concludes the point as between the plaintiff and the authority. If then his property is taken, he has his ordinary legal remedies; if an order is made against him, he can ignore it with impunity; if he has been dismissed from an office, he can insist that he still holds it. All these results flow from the mere fact that the rights of the parties have been declared. This is a particularly suitable way to settle disputes with government authorities, since it involves no immediate threat of compulsion, yet is none the less effective.

All of these remedies are, of course, discretionary. They will be denied, for example, where there has been unreasonable delay.¹⁴ Moreover, an applicant must possess a sufficient interest in the subject-matter of the dispute as not to be seen as a mere busybody.

I now turn to the appellants' primary argument. It is that although by [subsection 18\(3\)](#) of the *Federal Court Act* a person seeking any of the extraordinary remedies available under [subsections 18\(1\)](#) and [\(2\)](#) may do so "only on an application for judicial review made under [section 18.1](#)," the appellants are not prevented from doing so beyond the 30-day time limit specified in [subsection 18.1\(2\)](#) for the simple reason that this time limit applies only where an application for judicial review is "in respect of a decision or order." The appellants submit that nowhere in the originating document do they seek to attack any "decision" of the respective Ministers but, rather, to compel performance of public duties, prevent continued failure to perform such duties and declare the use of the Allowance for Pension Adjustment Account by the Ministers to be contrary to subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA.

The appellants point out that the drafters of section 18.1 employed language elsewhere in its text which, in their submission, is designed to accommodate an application for both a section 18 remedy *per se* and such other remedy as is provided for in subsection 18.1(3). Thus in subsection 18.1(1), the words "anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought" appear. The Motions Judge [at page 150] was of the view that the word "matter" as repeated in former Rule 1602 is "reflective . . . of the necessity to find a word to cover a variety of administrative actions." I respectfully agree. Further support for that view was expressed after Bill C-38 which proposed this change was adopted, but before it came into force.¹⁵ Indeed, it seems to me that the word "matter" does embrace not only a "decision or order" but any matter in respect of which a remedy may be available under [section 18](#) of the *Federal Court Act*.

The appellants also point to language employed in subsection 18.1(3) as again indicating that this subsection was drafted with a view to permitting the award of section 18 relief *per se* in addition to a "setting aside" or a referral back of a "decision or order." An order in the nature of *mandamus* would appear to be contemplated by paragraph 18.1(3)(a) whereby a federal tribunal may be ordered to "do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do." A remedy by way of declaratory relief or prohibition would appear to be among those provided for in paragraph 18.1(3)(b) whenever "a decision, order, act or proceeding" [underlining added] of a federal tribunal is found to be "invalid or unlawful."¹⁶

I agree with these submissions. In my view, the time limit imposed by subsection 18.1(2) does not bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. It is true that at some point in time an internal departmental decision was taken to adopt the 1988 recommendations of the Canadian Institute of Chartered Accountants and to implement those recommendations in each fiscal year thereafter. It is not, however, this general decision that is sought to be reached by the appellants here. It is the acts of the responsible Ministers in implementing that decision that are now claimed to be invalid or unlawful. The duty to act in accordance with subsections 44(1) of the PSSA and 55(1) of the CFSA arose "in each fiscal year." The charge is that by acting as they have in the 1993-1994 and subsequent fiscal years the Ministers have contravened the relevant provisions of the two statutes thereby failing to perform their duties, and that this conduct will continue unless the Court intervenes with a view to vindicating the rule of law. The merit of this contention can only be determined after the judicial review application is heard in the Trial Division.

I am satisfied that the exercise of the jurisdiction under section 18 does not depend on the existence of a "decision or order." In *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)*,¹⁷ Hugessen J. was of the view that a remedy envisaged by that section "does not require that there be a decision or order actually in existence as a prerequisite to its exercise." In the present case, the existence of the general decision to proceed in accordance with the recommendations of the Canadian Institute of Chartered Accountants does not, in my view, render the subsection 18.1(2) time limit applicable so as to bar the appellants from seeking relief by way of *mandamus*, prohibition and declaration. Otherwise, a person in the position of the appellants would be barred from the possibility of ever obtaining relief under section 18 solely because the alleged invalid or unlawful act stemmed from a decision to take the alleged unlawful step. That decision did not of itself result in a breach of any statutory duties. If such a breach occurred it is because of the actions taken by the responsible Minister in contravention of the relevant statutory provisions.

In view of the above conclusion, it is unnecessary to consider the appellants' alternative arguments including that if subsection 18.1(2) applied, the application for judicial review was nevertheless brought within time, that the Motions Judge erred in refusing to extend the time or to allow the application to be treated and proceeded with as an action.

It is necessary, however, to consider the grounds put forward by the respondent, in her motion to strike, that the originating document was defective because it failed to identify the federal tribunal in respect of which it is made, that it improperly named Her Majesty as the respondent and that it failed to set out the date and details of the single decision, order or matter in respect of which judicial review is sought.

By their cross-motion, the appellants seek leave to amend the originating document by deleting the name of Her Majesty and substituting the "President of the Treasury Board" and the "Minister of Finance".

I agree with the respondent that the style of cause does contain a misnomer. The "President of the Treasury Board" and the "Minister of Finance" ought to have been named as respondents rather than "Her Majesty."¹⁸

I am not persuaded that the originating document is otherwise so defective that it cannot be cured by simple amendment. At the time this document was filed, former subsection 1602(4) of the Rules required that it be "in respect of a single decision, order or other matter," a requirement that has since been modified by new rule 302 [*Federal Court Rules, 1998*, [SOR/98-106](#)]. Former Rule 6 [as enacted by [SOR/90-846](#), [s. 2](#)] invested the Court in special circumstances with authority by order to "dispense with compliance with any Rule where it is necessary in the interest of justice," a power that is largely continued in new [rule 55](#). It seems to me appropriate in the circumstances to dispense with the requirement by permitting the "matters" to be brought in the same proceeding. I am also of the view that the appellants have set out sufficient details of those matters in their originating notice.

I would allow the appeal with costs, set aside the order of the Trial Division and dismiss the motion to strike. I would also amend the style of cause by substituting "President of the Treasury Board" and "Minister of Finance" as parties respondent in the place of "Her Majesty the Queen in Right of Canada."

Linden J.A.: I agree.

Sexton J.A.: I agree.

¹ [R.S.C., 1985, c. P-36](#).

² [R.S.C., 1985, c. C-17](#).

³ Appeal Book, Vol. 1, at pp. 34-35.

⁴ [R.S.C., 1985, c. F-11](#).

⁵ Appeal Book, Vol. 1, at pp. 264-265.

⁶ *Rex v. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, at p. 1267; 97 E.R. 823, at p. 825.

⁷ *Mayor of Rochester v. Reg.* (1858), El. Bl. & El. 1024, at p. 1033; 113 R.R. 978, at p. 983.

- ⁸ W. Wade & C. Forsyth, *Administrative Law*, 7th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1994), at p. 643.
- ⁹ [1982] A.C. 617 (H.L.), at p. 641.
- ¹⁰ B. J. MacKinnon, "Prohibition, Certiorari and Quo Warranto," in *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, Toronto: Richard De Boo Ltd., 1961, at p. 290.
- ¹¹ W. Wade & C. Forsyth, *supra*, note 8, at p. 626.
- ¹² *Id.*, at pp. 633-634.
- ¹³ *Id.*, at p. 593.
- ¹⁴ See e.g. *Broughton v. Commissioner of Stamp Duties*, [1899] A.C. 251 (P.C.).
- ¹⁵ I. G. Whitehall and J. H. Smellie, "Judicial Review and Administrative Appeals" A Substantive and Procedural Overview," Canadian Bar Association Seminar on Bill C-38, Toronto, January 25, 1991 and Vancouver, February 1, 1991, at p. 14. The amending statute (S.C. 1990, c. 8) was assented to on March 29, 1990 and came into effect on February 1, 1992.
- ¹⁶ See Brown, D. and Evans, J. M. *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback Publishing, 1998), at p. 2:4410 for a discussion of s. 18.1(3).
- ¹⁷ (1997), 26 C.E.L.R. (N.S.) 238 (F.C.T.D.), at pp. 241-242; revd on other grounds; *Alberta Wilderness Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1998 CanLII 9122 \(FCA\)](#), [1999] 1 F.C. 483 (C.A.).
- ¹⁸ *McCaffrey v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 15 (F.C.T.D.). See also *LeBlanc v. National Bank of Canada*, [1993 CanLII 2988 \(FC\)](#), [1994] 1 F.C. 81 (T.D.); *Atlantic Oil Workers Union v. Canada (Director of Investigation and Research, Bureau of Competition Policy)*, [1996 CanLII 4072 \(FC\)](#), [1996] 3 F.C. 539 (T.D.).

TAB 17

Federal Court
of Appeal



CANADA

Cour d'appel
fédérale

Date: 20101112

**Dockets: A-365-09
A-366-09**

Citation: 2010 FCA 307

**CORAM: SHARLOW J.A.
TRUDEL J.A.
STRATAS J.A.**

A-365-09

BETWEEN:

LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA

Appellant

and

WASYL ODYNSKY and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondents

A-366-09

BETWEEN:

LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA

Appellant

and

VLADIMIR KATRIUK and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondents

Heard at Toronto, Ontario, on May 4, 2010.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on November 12, 2010.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

STRATAS J.A.

CONCURRED IN BY:

SHARLOW J.A.
TRUDEL J.A.

Federal Court
of Appeal



Cour d'appel
fédérale

Date: 20101112

**Dockets: A-365-09
A-366-09**

Citation: 2010 FCA 307

**CORAM: SHARLOW J.A.
TRUDEL J.A.
STRATAS J.A.**

A-365-09

BETWEEN:

LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA

Appellant

and

WASYL ODYNSKY and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondents

A-366-09

BETWEEN:

LEAGUE FOR HUMAN RIGHTS OF B'NAI BRITH CANADA

Appellant

and

VLADIMIR KATRIUK and THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

STRATAS J.A.

A. Introduction

[1] Shortly after the end of World War II, the respondents Messrs. Odynsky and Katriuk emigrated from war-ravaged Europe. They adopted Canada as their new home. They became citizens. They have lived in Canada ever since, for over half a century.

[2] However, each had a hidden past. Only recently has that past come to light. During World War II, each served with forces, or in association with forces, that committed brutal, inhuman crimes.

[3] Each concealed that past from Canada's immigration and citizenship authorities. Under subsection 10(1) of the *Citizenship Act*, R.S.C. 1985, c. C-29, citizenship can be revoked where it was obtained by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. Citizenship revocation proceedings under subsection 10(1) of the Act began against Messrs. Odynsky and Katriuk.

[4] After an exhaustive fact-finding process, described below, the Minister of Citizenship and Immigration (the "Minister") issued reports recommending that the citizenships of Messrs. Odynsky

and Katriuk be revoked. But the Governor in Council decided to reject the Minister's recommendations. As a result, Messrs. Odynsky and Katriuk today remain citizens of Canada.

[5] The appellant is dedicated to bringing war criminals to justice, representing victims of war crimes, and influencing government policy on these subjects. It disagreed with the Governor in Council's decisions. Therefore, it applied for judicial review in the Federal Court, seeking to quash the decisions.

[6] Each application raised four questions for the Federal Court's consideration:

1. Did the appellant have the right, or "standing," to go to the Federal Court and challenge the Governor in Council's decision?
2. If so, did the Governor in Council have the power under subsection 10(1) of the Act to reject the Minister's recommendation?
3. If so, was the Governor in Council's decision to reject the Minister's recommendation reasonable?
4. Was the Governor in Council entitled to reject the Minister's recommendation and decide the matter without receiving the submissions the appellant had made to the Minister?

[7] The Federal Court answered all these questions in the affirmative and dismissed the applications for judicial review. Its reasons in Mr. Odynsky's case are at 2009 FC 647. Its reasons in Mr. Katriuk's case appear in an order dated June 19, 2009 and simply adopt the reasons given in Mr. Odynsky's case.

[8] In this Court, the appellant submits that the Federal Court erred on all these questions. For the reasons set out below, the Federal Court did not err. Therefore, the appeal should be dismissed.

B. The facts

(1) The source of the facts in these cases

[9] The Federal Court dealt with the appellant's challenge largely on the basis of facts found in earlier Federal Court proceedings. These earlier Federal Court proceedings were part of the citizenship revocation process set out in the Act.

[10] An understanding of the citizenship revocation process and how it progressed in the cases of Messrs. Odynsky and Katriuk helps to resolve the questions placed before this Court in this appeal.

(2) The citizenship revocation process

[11] The key sections in the citizenship revocation process under the Act are sections 10 and 18.

They read as follows:

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

(a) the person ceases to be a citizen, or

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

(2) A person shall be deemed to have obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances if the person was lawfully admitted to Canada for permanent residence by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances and, because of that admission, the person subsequently obtained citizenship.

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu'il est convaincu, sur rapport du ministre, que l'acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d'une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l'intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

a) soit perd sa citoyenneté;

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

(2) Est réputée avoir acquis la citoyenneté par fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels la personne qui l'a acquise à raison d'une admission légale au Canada à titre de résident permanent obtenue par l'un de ces trois moyens.

18. (1) The Minister shall not make a report under section 10 unless the Minister has given notice of his intention to do so to the person in respect of whom the report is to be made and

(a) that person does not, within thirty days after the day on which the notice is sent, request that the Minister refer the case to the Court; or

(b) that person does so request and the Court decides that the person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(2) The notice referred to in subsection (1) shall state that the person in respect of whom the report is to be made may, within thirty days after the day on which the notice is sent to him, request that the Minister refer the case to the Court, and such notice is sufficient if it is sent by registered mail to the person at his latest known address.

(3) A decision of the Court made under subsection (1) is final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

18. (1) Le ministre ne peut procéder à l'établissement du rapport mentionné à l'article 10 sans avoir auparavant avisé l'intéressé de son intention en ce sens et sans que l'une ou l'autre des conditions suivantes ne se soit réalisée:

a) l'intéressé n'a pas, dans les trente jours suivant la date d'expédition de l'avis, demandé le renvoi de l'affaire devant la Cour;

b) la Cour, saisie de l'affaire, a décidé qu'il y avait eu fraude, fausse déclaration ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1) doit spécifier la faculté qu'a l'intéressé, dans les trente jours suivant sa date d'expédition, de demander au ministre le renvoi de l'affaire devant la Cour. La communication de l'avis peut se faire par courrier recommandé envoyé à la dernière adresse connue de l'intéressé.

(3) La décision de la Cour visée au paragraphe (1) est définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

[12] In summary, these sections set out the following process for citizenship revocation:

- (a) The Minister assesses the circumstances. When the Minister is of the view that he or she should issue a report recommending revocation of citizenship, he or she must give notice of this to the citizen: subsection 18(1) of the Act.
- (b) After receiving the notice, the citizen may request that the matter be referred to the Federal Court for inquiry: paragraph 18(1)(a) of the Act.
- (c) The Federal Court then inquires into whether the citizen has obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The Federal Court, engaged in this inquiry, often called a “reference,” does not make any legal determination. Rather, on a reference, it receives evidence adduced by the parties, considers examinations and cross-examinations, engages in fact-finding and, finally, provides a ruling on whether the citizen has obtained citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. This “provides the Minister with the factual basis for her report and in some point in the future may constitute the foundation of a decision by the Governor-in-Council”: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin* (1998), 144 F.T.R. 1 at paragraph 118, 42 Imm. L.R. (2d) 248 (T.D.).

- (d) After the Federal Court has acted on the reference and made all of its findings, the Minister may then issue a report to the Governor in Council: subsection 10(1) of the Act.
- (e) The Governor in Council then acts under subsection 10(1). Precisely what the Governor in Council may do under subsection 10(1) is a central question in this appeal.

[13] All of these steps happened in the cases of Messrs. Odynsky and Katriuk. Specifically, upon receiving notice that the Minister intended to issue a report recommending the revocation of their citizenships, Messrs. Odynsky and Katriuk requested that the matter be referred to the Federal Court. In each case, the Federal Court inquired into the matter and made many factual findings.

[14] In Mr. Odynsky's case, the Federal Court conducted the reference using procedures akin to an action, with pleadings, pre-trial preparations and oral hearings held in Ukraine and Canada. The Minister and Mr. Odynsky called witnesses. The witnesses were examined and cross-examined. Some of the witnesses served with Mr. Odynsky during the war and had first-hand recollections of his involvements and activities. At the conclusion of the reference, the Federal Court set out its factual findings concerning Mr. Odynsky's case: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky*, 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1 (T.D.) (the "*Odynsky Reference*"). Its reasons – 229 paragraphs of rich and helpful detail – carefully describe Mr. Odynsky's wartime activities, the

harrowing circumstances in which he was ensnared during the war, the events surrounding his emigration to Canada, and his acquisition of Canadian citizenship.

[15] In Mr. Katriuk's case, the Federal Court conducted the reference by way of application. In that application, the Minister sought a declaration that Mr. Katriuk obtained his citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances. The Court conducted sixteen days of hearing. Evidence was available from some who had first-hand recollections about Mr. Katriuk's wartime activities. As was the case in the *Odynsky Reference*, the Federal Court's reasons, 154 paragraphs in length, show great attention to detail and reflection and are a model of careful fact-finding: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk* (1999), 156 F.T.R. 161 (T.D.) (the "*Katriuk Reference*").

[16] None of the parties in the Federal Court or in this Court have taken issue with the facts found in the references.

[17] In both references, based on the evidence presented, the Federal Court found that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk had obtained their citizenship by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances.

(3) The facts as found in the Federal Court references

[18] What follows is a brief summary of the factual findings of the Federal Court in the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference*. These findings were available to the Minister and formed the basis of the Governor in Council's decisions in this case.

(a) Mr. Odynsky

[19] When World War II started, Mr. Odynsky was working on his family farm near Beleluja in the Western Ukraine. In June 1941, Beleluja fell under Nazi occupation. Soon afterward, the Nazi occupiers conscripted young men in Ukraine to serve their purposes. Mr. Odynsky was one such young man. In 1943, the Nazis took him from his farm and made him serve with their military and police services.

[20] In the *Odynsky Reference*, the Federal Court found that Mr. Odynsky was forced to serve the Nazi occupiers. Indeed, on one occasion, he defied them, narrowly escaping devastating consequences (at paragraphs 27-29):

Mr. Odynsky was caught up in the German sweep for younger people to assist their forces. In early February 1943, the mayor of his village was directed to provide a list of young men born in the years 1920 to 1924 and to send those individuals to Snyatyn, which he did. Among those sent to Snyatyn was Mr. Odynsky. There he and four others from Beleluja were selected among many others, and they were told that they were required to serve with the German army forces. They were permitted

to return home but were ordered to report a few days later, on February 10, at Kolomyja. If they did not return as directed they would be subject to arrest.

The five young men selected from Beleluja returned home. They did not show up on February 10, as they had been directed to do. Rather, they hid in the fields nearby and in the village. In April the Gestapo, with local police, came to the village looking for those who had failed to report in February as ordered. They directed that if those missing young men did not show up in the village within a limited time their families would be taken away.

Mr. Odynsky and the others surrendered. They were all taken by horse and wagon to Snyatyn, and threatened with death if they tried to escape again. After two weeks in the local jail they were taken to Kolomyja where they were imprisoned for two more weeks. While there, they were threatened with death for deserting by not reporting as directed, but a local lawyer, interceding on their behalf, succeeded in having this threat lifted. They were spared, but were warned that any escape would be punished by death when they were caught, or if they were not caught, their families would be sent to concentration camps.

[21] Somewhat later, Mr. Odynsky, with others, was sent to a training camp at Trawniki, in Eastern Poland under the supervision of the Schutz-Staffel, better known as the SS. The SS terrorized Nazi-occupied Europe in many ways. But what it did to the Jews will be remembered as long as there are decent people to remember.

[22] In addition to the training camp at Trawniki, the SS operated a forced labour camp at Trawniki. There, Jews were imprisoned and were forced to produce clothing and other goods for German forces.

[23] After some weeks of basic training at the Trawniki training camp, Mr. Odynsky, with other trainees, was sent to serve as a guard near the grounds of a forced labour camp operated by the SS at Poniatowa. At the Poniatowa camp, Jews, primarily those from the Warsaw ghetto, were

imprisoned and were forced to manufacture uniforms and other supplies, under the direction of German civilian corporations, the military, and SS forces.

[24] On a single day during the fall of 1943, German police and SS forces extinguished the lives of 15,000 men, women and children imprisoned at the Poniatowa camp. In today's terms, this is the murder on a single day of every single man, woman and child in Edmundston, NB, Baie-Comeau, QC, Fort Erie, ON, Portage la Prairie, MB, Yorkton, SK or Prince Rupert, BC.

[25] The Federal Court in the *Odynsky Reference* (at paragraphs 36 and 201) describes this horrific day:

In the fall of 1943, the operation of the forced labour camp at Poniatowa was suddenly terminated. On November 3 or 4, 1943...[i]n less than a full day German police and SS forces, apparently including some of the Einsatzgruppen or killing squads commanded by the SS, marched the prisoners, men, women and children, to large trenches outside the main camp. These trenches the prisoners had been forced to dig earlier, on the pretence these were to be defence works for the camp. When the prisoners reached the trenches they were ordered to undress and enter the trenches naked, where they were then executed by shooting.

...

[Afterward] there were no longer any labourer-prisoners or their families to be seen at the camp. A few were spared and ordered to burn the corpses which they refused to do, and so they too were executed.

[26] What was Mr. Odynsky's involvement in all of this? On this subject, the Federal Court heard evidence from Mr. Odynsky, those engaged as guards at the Seidlung, and three men at Poniatowa. That evidence showed that Mr. Odynsky did not serve as a guard at the Poniatowa camp. Instead, he served as a guard about a kilometer away, at an area known as the Seidlung. At

the Seidlung, there were apartment buildings for certain favoured prisoners, and for German civilian factory supervisors. Mr. Odynsky patrolled and guarded the perimeter of the Seidlung area and checked the prisoners who left each morning for the Poniatowa camp and who returned at night to the Seidlung from their forced labours.

[27] Mr. Odynsky had no direct personal involvement in the massacre at Poniatowa. In the words of the Federal Court (at paragraphs 36-38):

On November 3 or 4, 1943, the Trawniki men were confined to their barracks at night and were not permitted to leave until late the next day.

...

Mr. Odynsky's evidence is that he had seen prisoners assembled and marched from the Seidlung, that gunfire was heard all day, and that a Ukrainian officer had told him the Germans were killing the Jews. When he and his fellows were permitted to leave their barracks there were no Jewish labourers to be seen at Poniatowa, either at the Seidlung or at the main camp.

...

There is no evidence that Mr. Odynsky had any extended contact with Jewish labourer-prisoners at Poniatowa, or with guarding them except in guarding the perimeter of the Seidlung. There is no evidence that he or any of his Ukrainian colleagues at the Seidlung had any part in Operation Erntefest, or in the subsequent massacre of those left to burn the corpses.

[28] Importantly, in the *Odynsky Reference*, the Federal Court found (at paragraph 111) that “there was no evidence before the Court of any particular activity of Mr. Odynsky that could be characterized as brutal or criminal, or as directly threatening to any individual.” In particular, during his time at Trawniki and Poniatowa, there was “no evidence at trial that Mr. Odynsky participated personally in any incident involving mistreatment of prisoners” (at paragraph 207).

[29] During the two years after the Poniatowa massacre, Mr. Odynsky guarded the facilities against partisan attack and then served in a battalion, known as SS Battalion Streibel.

[30] The Federal Court found that none of his wartime service could be said to be voluntary (at paragraph 206):

In my opinion there is no doubt that Mr. Odynsky's service at Trawniki and Poniatowa, and even with SS Battalion Streibel was not voluntary. It was urged by the plaintiff that at some stage in 1944 or 1945, with the Russian forces advancing, he made no effort to escape or simply to be absent without leave, and thus his continuing service should be considered voluntary. He believes he would have been shot if captured after leaving and that he would have put his family in jeopardy, at least so long as German forces were in western Ukraine. There was no evidence about a particular time after which his service might be considered voluntary and I am persuaded that it continued to be involuntary until the end of the war.

[31] The Federal Court added (at paragraph 107) that “he did not escape at any time because of his understanding that unsuccessful attempts to escape would result in death or severe punishment, and if he did escape and were not captured, his family would be sent to a concentration camp or worse.”

[32] After the end of the war, Mr. Odynsky made his way westward to a portion of Germany occupied by American forces. He ended up in an American POW camp, and later, following release, made his way to a camp for those who did not wish to return to Ukraine, by that time under Soviet occupation. Shortly afterward, he went to another camp for displaced persons. The International Relief Organization took over the operation of that camp with a view to assisting displaced persons to resettle in countries other than their homelands. It was there that in 1948 Mr.

Odynsky learned that Canada was seeking workers for mining and farm work. He decided to emigrate to Canada.

[33] Mr. Odynsky applied for and was accepted for immigration to Canada. He landed in 1949. Later, Mr. Odynsky and his wife moved to Toronto. There they established their home and their family life within the Ukrainian community, and had three children. They became Canadian citizens in 1955. The application record before the Federal Court in this case contains evidence that Mr. Odynsky has been a good and positive citizen since that time.

[34] In the *Odynsky Reference* (at paragraph 227), the Federal Court found that Mr. Odynsky failed to answer questions about his wartime activities when he emigrated to Canada and when he applied for Canadian citizenship:

This Court finds, on a balance of probabilities in considering certain key factual issues, that the defendant, Wasył Odynsky, was admitted to Canada for permanent residence in July 1949 on the basis of a visa obtained by reason of false representations by him or by his knowingly concealing material circumstances. Subsequently he obtained citizenship in 1955 when, having been admitted to Canada, on that basis, he is deemed, pursuant to s-s. 10(2) of the *Act*, to have acquired citizenship by false representation or knowingly concealing material circumstances.

[35] Before concluding its reasons, the Federal Court in the *Odynsky Reference* added these final comments (at paragraph 225):

In considering any report to the Governor General in Council concerning Mr. Odynsky pursuant to s-s. 10(1) of the *Act*, the Minister may wish to consider that:

- 1) on the evidence before me I find that Mr. Odynsky did not voluntarily join the SS auxiliary forces, or voluntarily serve with them at Trawniki or Poniatowa, or later with the Battalion Streibel;
- 2) there was no evidence of any incident in which he was involved that could be considered as directed wrongfully at any other individual, whether a forced labourer-prisoner, or any other person;
- 3) no evidence was presented of any wrongdoing by Mr. Odynsky since he came to Canada, now more than 50 years ago;
- 4) evidence as to his character from some of those who have known him in Canada, uncontested at trial, commended his good character and reflected his standing within his church and within the Ukrainian community in Toronto.

(b) Mr. Katriuk

[36] When World War II started, Mr. Katriuk was working in the meat trade in an area known as Bukovina, which was then part of Romania. In 1939, troops of the Soviet Union occupied Bukovina. In June 1941, Germany invaded and occupied Bukovina.

[37] Mr. Katriuk was of Ukrainian ancestry. In the fall of 1941, along with many of his Ukrainian compatriots in Bukovina, he joined a volunteer force. That force marched to the Ukraine. It arrived in Kiev, but by that time the Nazis had already taken Kiev. Soon new German battalions were formed. Mr. Katriuk became a member of one of these.

[38] Was this voluntary on Mr. Katriuk's part? The Federal Court reasons in the *Katriuk Reference* (at paragraph 73) tell us that the evidence on this was unclear. The Federal Court did not

find Mr. Katriuk to be “entirely candid” on this topic. It mooted several possibilities based on the evidence before it. Perhaps Mr. Katriuk hoped for better living conditions. Perhaps he wanted to avoid hunger. Perhaps he, like other Ukrainians, preferred the Germans to the Soviets who had first occupied the Ukraine. However, the Federal Court did not find that Mr. Katriuk was motivated by any particular *animus*.

[39] As a member of his battalion, Mr. Katriuk was stationed in places such as Byelorussia, guarding against attacks and sabotage by local partisans and maintaining law and order.

[40] In the *Katriuk Reference*, Mr. Katriuk tried to put the best possible light on his involvement with the battalion. He testified that he did not participate in any important military operations while his battalion was in Byelorussia. The Federal Court rejected this testimony (at paragraphs 51 and 66), finding that he was “certainly engaged in fighting enemy partisans” and “must have participated in at least some of its operations.” However, it is unclear exactly what operations he participated in. The Federal Court noted (at paragraph 72) that if Mr. Katriuk left the battalion, he might have faced the firing squad.

[41] Mr. Katriuk’s battalion committed atrocities and war crimes against the civilian population of Byelorussia. Some evidence in the *Katriuk Reference* suggested that many unarmed persons were killed and many were seized for forced labour. Importantly, however, on the state of the evidence before it, the Federal Court (at paragraph 67) was not prepared to find that Mr. Katriuk was personally involved in any of the atrocities and war crimes.

[42] In August of 1944, his battalion was merged with another, was transported to France and became part of the Waffen S.S. 30th Grenadier Division. One day, Mr. Katriuk and others were informed that they would be fighting the allies the next day. That evening, a majority of men, including Mr. Katriuk, defected to partisans with the French underground.

[43] Soon, Mr. Katriuk and others went to fight at the French front against Germany. During that time, Soviet officers came to visit them with a request that they rejoin the “motherland.” Mr. Katriuk did not want to return to Russia, as he feared that he would be sent to Siberia.

[44] As a result of Soviet pressure, Mr. Katriuk and some of his colleagues were removed from the front, sent to the village of Dumblair, and told that they would have to return to Russia. The only way they could avoid this was to join the French Foreign Legion. This Mr. Katriuk did. He fought with the French Foreign Legion on the French front and the Italian front and was wounded in combat.

[45] The Federal Court in the *Katriuk Reference* engaged in an exhaustive review of the evidence concerning the circumstances surrounding Mr. Katriuk’s emigration to Canada after the war. It found that Mr. Katriuk entered Canada under a false identity. Later, when applying to change his name, Mr. Katriuk stated that he “took refuge in France.” This was not “an accurate and truthful statement.” As a result, the Federal Court found that Mr. Katriuk had obtained his Canadian citizenship by false representation or fraud or by concealing material circumstances.

(4) The reports prepared by the Minister

[46] After each of the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference*, the Minister prepared reports to the Governor in Council. During the preparation of the reports, Messrs. Odynsky and Katriuk were given an opportunity to make submissions regarding why their citizenships should not be revoked.

[47] The report of the Minister concerning Mr. Odynsky consisted of a seven page covering memorandum recommending that his citizenship be revoked, the reasons for judgment in the *Odynsky Reference*, and eight tabs of correspondence and submissions by the Department of Justice and Mr. Odynsky. Included in these materials were policy statements of the Government of Canada concerning war crimes and war criminals living in Canada.

[48] The report of the Minister concerning Mr. Katriuk consisted of a five page covering memorandum recommending that his citizenship be revoked, the reasons for judgment in the *Katriuk Reference*, and ten tabs of correspondence and submissions by the Department of Justice and Mr. Katriuk. As in the case of the report concerning Mr. Odynsky, the materials included policy statements of the Government of Canada concerning war crimes and criminals living in Canada.

[49] In accordance with subsection 10(1) of the Act, the Minister issued these two reports to the Governor in Council for its consideration. At roughly the same time, the Minister sent two other

reports under subsection 10(1) to the Governor in Council. These concerned Messrs. Oberlander and Fast. In these, the Minister also recommended that the citizenships be revoked.

(5) The decisions of the Governor in Council

[50] The Governor in Council considered all four reports together. The Governor in Council decided that the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk should not be revoked, but the citizenships of Messrs. Oberlander and Fast should be revoked.

[51] In this Court, the respondent Attorney General submitted that the differing results in the four cases show that the Governor in Council carefully considered each case's complex considerations and reached different, fact-based, discretionary conclusions.

(6) The applications for judicial review in the Federal Court

[52] The appellant brought applications for judicial review of the Governor in Council's decisions not to revoke the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk. Mr. Odynsky moved to strike the application for judicial review in his case on the ground that the appellant did not have standing to bring it.

[53] The Prothonotary granted Mr. Odynsky's motion and dismissed the application for judicial review: 2008 FC 146, 323 F.T.R. 174. The appellant appealed to a judge of the Federal Court. The Court allowed the appellant's appeal. It ruled that while the appellant did not have direct standing to bring the application, it might have standing as a public interest litigant. It ruled that the judge hearing the merits of the application should determine the issue: 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63.

[54] The Federal Court heard the merits of the appellant's two applications for judicial review together. It held that the appellant could not relitigate the motions judge's finding that it did not have direct standing to bring the applications for judicial review: 2009 FC 647 at paragraph 9, 349 F.T.R. 35. However, the Federal Court held that the appellant did have standing as a public interest litigant (at paragraphs 11-17). Finally, as mentioned in paragraphs 6-7 above, the Federal Court dismissed the applications for judicial review on their merits. The appellant now appeals to this Court.

(7) The parties' submissions in this Court

[55] The appellant submits that the Governor in Council was bound under subsection 10(1) of the Act to accept the recommendations in the Minister's reports. As a result, the Governor in Council should have revoked the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk. In the alternative, to the extent that the Governor in Council did have the power to depart from the Minister's recommendations in the reports, the appellant says that the Governor in Council exercised its discretion unreasonably. Finally, the appellant says that, as a matter of procedural fairness, the

Governor in Council should have received the submissions the appellant provided to the Minister. The appellant notes that the Governor in Council had before submissions of the Ukrainian Canadian Congress, but not any of those of the appellant.

[56] The respondents urge this Court to find that the appellant lacked standing to challenge the Governor in Council's decisions. They also say that, properly interpreted, subsection 10(1) of the Act empowered the Governor in Council to reject the Minister's recommendations and that in doing so the Governor in Council exercised its discretion reasonably. Further, the respondents submit that the Governor in Council owed the appellant no duty of procedural fairness and was under no obligation to receive and consider the submissions that the appellant made to the Minister.

C. Analysis

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

(a) Direct standing

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

[58] 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. Canada (M.N.R.)*, [1976] 2 F.C. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (A.G.)*, 2009 FCA 116. 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

[59] 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. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [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.

[60] The applications judge found that the appellant met all three of these requirements: 2009 FC 647 at paragraphs 11-17. In this Court, the respondent Attorney General does not submit that the Federal Court committed fundamental error or somehow misapprehended the evidence before it. It is evident that the applications judge applied proper principles to the facts before him. There is no ground for this Court to intervene.

[61] Before leaving this issue, I would add that the granting of public interest standing in this case is consistent with a significant policy concern mentioned by the Supreme Court of Canada in *Canadian Council of Churches, supra*. At page 256, the Supreme Court expressed concern that an overly restrictive approach to public interest standing would immunize government from certain challenges. This Court has granted public interest standing where the spectre of immunization of government decisions was in play and the *Canadian Council of Churches* criteria for intervention were met: *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.).

[62] The concern about immunization is in play in these cases, just as it was in *Harris, supra*. The Governor in Council's decisions were in favour of Messrs. Odynsky and Katriuk. None of the parties would proceed to Court from the decisions, because the decisions did not adversely affect them. As the applications judge stated (at paragraph 16), “[i]n a case like this one where citizenship is not revoked, the [Governor in Council’s] decision will never be judicially reviewed except where a third party seeks to do so.” By virtue of its past knowledge, experience and dedicated efforts on issues such as this, the appellant was well placed to test the decisions of the Governor in Council in the courts. If public interest standing were not granted to this appellant, the decisions of the Governor in Council would be immune from review. That is to be avoided.

(2) The interpretation of subsection 10(1) of the Act: did the Governor in Council have the power to reject the Minister’s recommendations and decide not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk?

[63] Subsection 10(1) of the Act provides as follows:

10. (1) Subject to section 18 but notwithstanding any other section of this Act, where the Governor in Council, on a report from the Minister, is satisfied that any person has obtained, retained, renounced or resumed citizenship under this Act by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances,

10. (1) Sous réserve du seul article 18, le gouverneur en conseil peut, lorsqu’il est convaincu, sur rapport du ministre, que l’acquisition, la conservation ou la répudiation de la citoyenneté, ou la réintégration dans celle-ci, est intervenue sous le régime de la présente loi par fraude ou au moyen d’une fausse déclaration ou de la dissimulation intentionnelle de faits essentiels, prendre un décret aux termes duquel l’intéressé, à compter de la date qui y est fixée:

(a) the person ceases to be a citizen, or

a) soit perd sa citoyenneté;

(b) the renunciation of citizenship by the person shall be deemed to have had no effect,

b) soit est réputé ne pas avoir répudié sa citoyenneté.

as of such date as may be fixed by order of the Governor in Council with respect thereto.

[64] The plain language of this subsection, if read literally and in isolation, restricts the role of the Governor in Council. Under this interpretive approach, the Governor in Council simply reads the report of the Minister, notes that the Federal Court has found that citizenship has been obtained by false representation or fraud or by knowingly concealing material circumstances, and then sets a date on which the person ceases to be a citizen. Under this interpretative approach, the Governor in Council is just a date-setter. This is the position that the appellant urges us to accept.

[65] The respondent Attorney General, supported by Messrs. Odynsky and Katriuk, disagrees. The Attorney General submits that such a literal reading of subsection 10(1) would reduce the role of the Governor in Council to nothing more than a “rubber stamp.” The Governor in Council’s only task would be to pick up a calendar and set a date for the revocation of citizenship. The respondent Attorney General says that such a result could not have been what Parliament intended when it enacted this scheme for citizenship revocation.

[66] The applications judge agreed with the Attorney General’s position. He noted (at paragraph 31) that, on a literal reading of subsection 10(1) of the Act, “[i]t is true that a material

misrepresentation is the only prerequisite to a revocation decision and that such a finding underpins the entire process of revocation.” However, in his view (also at paragraph 31), “it does not necessarily follow that all other factors are thereby excluded from consideration either by the Minister or the [Governor in Council].” He noted (at paragraph 32) that the legislative context supports the position that the Governor in Council’s authority under subsection 10(1) is “more than a mere formality” and that the Governor in Council “enjoys a broad discretion” to review the recommendation of the Minister that citizenship be revoked.

[67] I agree with the applications judge, for many of the reasons he offered. In particular, I offer six reasons in support of this conclusion.

– I –

[68] The applications judge was correct to go beyond the literal meaning of subsection 10(1) and instead examine the subsection in light of its context and the purpose of the Act.

[69] Obviously, the literal meaning of a legislative provision is important. That is the starting point in the task of interpretation. But it is not the ending point.

[70] The Supreme Court has repeatedly reminded us not to read provisions in only a literal way, applying only the dictionary meaning of the words. Provisions are not to be read as if they stand

alone, unrelated to other provisions and other laws, and without regard to the overall purpose of the legislation or Parliament's intention. See *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27 at paragraph 23; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42 at paragraphs 26-27, [2002] 2 S.C.R. 459.

[71] As will be seen below, an examination of the wider context and the purpose of the Act confirms that Parliament intended a role for the Governor in Council that is much broader than date-setting.

– II –

[72] If the Governor in Council's role under subsection 10(1) were restricted to date-setting, there would be no need for the Governor in Council to receive a formal report from the Minister under subsection 10(1). Rather, a simple notice would suffice.

[73] The requirement that a report be prepared suggests that Parliament intended that the Governor in Council exercise a broader role. In the words of the application judge (at paragraph 35), “[i]t is difficult to think of a purpose that would be served by a ministerial report to the [Governor in Council]” if the Minister were just a date-setter.

– III –

[74] The legislative context surrounding the Minister's report must also be considered. This is not any old report. This is a report that is the end product of a long and intricate process. Subsection 10(1) tells us that before the Minister can send the report to the Governor in Council, the affected person must receive notice and must have an opportunity to ask for a reference to the Federal Court. This suggests that the Minister's report should be shaped and influenced by the Federal Court's factual findings in the reference and other matters raised by the affected person.

[75] Does it make sense that Parliament would require that the Governor in Council receive such a report, shaped and influenced by information gathered after a long and intricate process, but then limit the Governor in Council to date-setting? I think not. Parliament would have to enact clearer words to achieve such a result.

– IV –

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

[77] The Governor in Council is the “Governor General of Canada acting by and with the advice of, or by and with the advice and consent of, or in conjunction with the Queen’s Privy Council for Canada”: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-23, subsection 35(1), and see also the *Constitution Act, 1867*, sections 11 and 13. All the Ministers of the Crown, not just the Minister, are active members of the Queen’s Privy Council for Canada. They meet in a body known as Cabinet. Cabinet is “to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation” and, by convention, it attempts to represent different geographic, linguistic, religious, and ethnic groups: Norman Ward, *Dawson’s The Government of Canada*, 6th ed., (Toronto: University of Toronto Press, 1987) at pages 203-204; Richard French, “The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making” in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds., *The Canadian Political Process*, 3rd ed. (Toronto: Holt Rinehart and Winston of Canada, 1979) at pages 363-394.

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

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

– V –

[80] Revocation of citizenship is a most important matter. Citizenship of Canada gives Canadians certain rights. Some of these are so important that they are guaranteed under our Constitution. These include the right to vote under section 3 of the Charter and the right to enter, remain in, and move about Canada under section 6 of the Charter. Given the consequences of revoking citizenship, it makes sense that Parliament would enact a scheme that provides for judicial fact-finding, a Ministerial recommendation, and then a final level of full review by a broad body representing all constituencies and perspectives within government.

– VI –

[81] It is fair to say that the point raised by the appellant concerning the interpretation of subsection 10(1) has never been put directly to this Court for decision. However, there are authorities that suggest that subsection 10(1) gives the Governor in Council a wide discretion to review the entire situation on all the facts and, if appropriate, to reject the Minister's recommendation:

- (a) In *Oberlander v. Canada (A.G.)*, 2009 FCA 330, 313 D.L.R. (4th) 378, this Court remitted the matter back to the Governor in Council for consideration as to whether duress excused Oberlander’s complicity in war crimes under Canada’s war crimes policy. This Court held (at paragraph 39) that “it is critical that all relevant issues be considered and analyzed.” This supports the respondents’ view that the Governor in Council’s discretion under subsection 10(1) extends beyond date-setting to a broad consideration of whether, in all of the circumstances, the revocation of citizenship is warranted.
- (b) In *Oberlander v. Canada (A.G.)*, 2003 FC 944, [2003] F.C.J. 1201, the Federal Court noted (at paragraph 18) that “[a]lthough the rights of the individual are at stake, there are elements of general policy involved in the decision to revoke citizenship” and those elements are considered “by the highest political organ of the Canadian Government,” the Governor in Council. This Court reversed the Federal Court’s decision, but did not disagree with its views on this point: 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3. However, as the motions judge in the cases at bar has explained, this Court’s decision was affected by a concession made by the Minister in argument: 2008 FCA 732 at paragraphs 40-44.
- (c) In *Bogutin supra*, the Federal Court, acting in a reference, offered certain observations concerning the citizenship revocation process under the Act. It clearly contemplated a wide role for the Governor in Council (at paragraph 113):

The Court in these proceedings is making findings of fact and making a report to the Minister. It does not follow that the Governor in Council is therefore compelled to revoke the citizenship of the respondent. The Minister has to consider a report and send it to the Governor in Council. The Governor in Council has to make a decision whether to revoke citizenship or not.

- (d) This Court in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 142 N.R. 173 described the Federal Court's role on a reference under the Act – determining whether there has been false representation, fraud or knowing concealment of material circumstances – as “merely one stage of a proceeding which may or may not result in a final revocation of citizenship.” The clear implication is that the Minister and the Governor in Council may take into account other matters. In the words of the applications judge in the cases at bar (at paragraph 35), the statement of this Court in *Luitjens* “is difficult to reconcile with the proposition that the sole determinative issue for revoking citizenship is one already conclusively determined by the Federal Court.”
- (e) The appellant has not cited to this Court any authorities that establish that the Governor in Council's role is limited to date-setting.

[82] For all of the foregoing reasons, I conclude that Parliament gave the Governor in Council a broad discretion under subsection 10(1) to decide whether a person's citizenship should be revoked. The Governor in Council is not forced to accept the Minister's recommendation that the person's citizenship be revoked. The Governor in Council is not just a date-setter.

(3) Was the Governor in Council's decision reasonable?

[83] The applications judge held that it should review the Governor in Council's decisions on the deferential standard of reasonableness. The applications judge found that the decisions were reasonable (at paragraph 44).

[84] The appellant agrees that if the Governor in Council had the authority under subsection 10(1) of the Act not to revoke the citizenships of Messrs. Odynsky and Katriuk, the standard of review is reasonableness. The appellant submits that the applications judge erred: the Governor in Council's decisions were not reasonable.

[85] Under the standard of reasonableness, our task is not to find facts, reweigh them, or substitute our decision for the Governor in Council. Rather, our task is to ask ourselves whether the decision of the Governor in Council fell within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. (See *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9 at paragraph 47, [2008] 1 S.C.R. 190.)

[86] In assessing what range of defensible outcomes was available to the Governor in Council, we must be mindful of the Governor in Council's task and what it involved. In this case, the Governor in Council's task was to consider the record presented to it in the form of the Minister's

report and to consider whether citizenship revocation was warranted in the circumstances.

Subsection 10(1) does not provide any specific criteria or formula for the Governor in Council to follow in carrying out this task. It leaves the Governor in Council free to act on the basis of policy, but those policies cannot conflict with the Act or its purposes: *Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385.

[87] In this case, the Government of Canada has developed war crimes policy. None of the parties in this Court suggests that it was inappropriate or should not have been applied to these cases. Accordingly, in these cases, if the Governor in Council measured the facts contained in the Minister's report against the war crimes policy of the Government of Canada and reached a rationally defensible result in its decisions under subsection 10(1) of the Act, they should be regarded as reasonable. Put another way, in the circumstances of these cases, a rationally defensible application of a previously announced, unchallenged policy should be taken as a badge of reasonableness under *Dunsmuir*.

[88] In both Mr. Odynsky's case and Mr. Katriuk's case, the Minister described the Government of Canada's war crimes policy in its reports. None of the parties suggest that the description is inaccurate. The description as follows:

The policy of the Canadian Government is unequivocal: Canada is not and will not become a safe haven for persons involved in war crimes, crimes against humanity or other reprehensible acts regardless of when or where they occurred.

The government pursues only those cases for which there is evidence of direct involvement or complicity in war crimes or crimes against humanity. A person may be considered complicit if the person is aware of the commission of war crimes or

crimes against humanity and contributes directly or indirectly to their occurrence. Membership in an organization responsible for committing the atrocities can be sufficient to establish complicity if the organization in question is one with a limited brutal purpose, such as a death squad.

[89] In these cases, the Governor in Council's decisions not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk are rationally defensible. It was open to the Governor in Council to find that the facts as found in the *Odynsky Reference* and the *Katriuk Reference* do not implicate any of the three main elements of Canada's war crimes policy:

- (a) *Direct involvement or complicity.* The Federal Court did not find that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk were directly involved or directly complicit in war crimes or crimes against humanity.
- (b) *Awareness or contribution.* The Federal Court did not find that Mr. Odynsky and Mr. Katriuk were aware of the commission of war crimes or crimes against humanity, nor did it find that they contributed directly or indirectly to their occurrence.
- (c) *Membership.* The policy, as summarized above, simply says, without elaboration, that membership in an organization with a "limited brutal purpose," such as a death squad, "can be sufficient" for revocation of citizenship. But the policy does not identify the circumstances when membership alone would suffice. Under subsection 10(1) of the Act, as interpreted above, that would be left for the Governor in Council

to decide, guided by the purposes of the Act and any jurisprudence on point. In the latter regard, this Court has already decided that although membership in a limited brutal purpose organization creates a presumption of complicity, that presumption can be rebutted by evidence showing that the person had no knowledge of the purpose of the organization or direct or indirect involvement in its acts: *Oberlander* (2009), *supra* at paragraph 18. In my view, in light of the foregoing, the Governor in Council arrived at a rationally defensible outcome concerning the element of membership:

- (i) Mr. Odynsky was a member of a team of guards at Poniatowa. However, there was evidence upon which the Governor in Council could find that Mr. Odynsky's membership was involuntary, he was stationed at the Seidlung, he was in no way associated with those who carried out the massacre of 15,000 people, and he was specifically kept away from the camp on the day of the massacre. (See paragraphs 26-31, above.)
- (ii) In Mr. Katriuk's case, he was an active member of his battalion and "must have participated in at least some of its operations. However, it is unclear exactly which operations he participated in, and the Federal Court specifically found that no witnesses could link Mr. Katriuk to atrocities committed against the civilian population. While his service was not involuntary in the way that Mr. Odynsky's service was, had he left his

battalion he might have been found to have deserted and might have faced the firing squad. Finally, the Federal Court did not identify the organizations in which Mr. Katriuk served as having a “limited brutal purpose.” (See paragraphs 38-41, above.)

[90] Another way of measuring the Governor in Council’s decisions against the deferential standard of review of reasonableness is to review the submissions of the parties that were contained in the reports the Minister sent to the Governor in Council. These submissions reveal sharp divisions on the weight to be given to certain facts, how the policy should be applied to those facts, and how the Governor in Council should exercise its discretion. These are cases where, in the words of the Supreme Court in *Dunsmuir*, *supra* at paragraph 47, the questions for decision “do not lend themselves to one specific, particular result” but instead “give rise to a number of possible, reasonable conclusions.”

[91] Under the deferential standard of review of reasonableness, it is not our job to reweigh the evidence that the Governor in Council weighed, grapple with interpretative issues concerning the war crimes policy, and then replace the Governor in Council’s discretionary, fact-based conclusions with our own conclusions. On the available facts, law and policy, the Governor in Council’s decisions not to revoke the citizenships of Mr. Odynsky and Mr. Katriuk under subsection 10(1) of the Act are defensible.

(4) Should the Governor in Council have received the submissions that appellant had made to the Minister?

[92] The appellant submits that, as a matter of procedural fairness, the Governor in Council should have received the submissions that the appellant had made to the Minister. It complains that submissions of the Ukrainian Canadian Congress to the Minister were included in the Minister's reports and made their way to the Governor in Council. But the appellant's submissions were not included.

[93] Owing to the importance of the decisions to Messrs. Odynsky and Katriuk, the Minister appropriately invited them to make submissions. Counsel for Mr. Odynsky included submissions of the Ukrainian Canadian Congress amongst his submissions to Minister. The Minister appropriately included all of the submissions of Messrs. Odynsky and Katriuk in the reports in order to assist the Governor in Council in making its decisions. The Minister chose not to include any of the appellant's submissions in the reports. As a result, the submissions of the Ukrainian Canadian Congress ended up before the Governor in Council, but those of the appellant did not.

[94] However, a reading of the Minister's reports, especially the Minister's covering memorandum, shows that the Minister robustly put to the Governor in Council many of the viewpoints and perspectives that the appellant had advanced to the Minister. Further, in response to a question during oral argument in this Court, counsel for the applicant confirmed that the appellant's real concern about procedural fairness was that the Governor in Council did not have the appellant's legal submissions concerning how subsection 10(1) should be interpreted. To the extent

that that worked any prejudice, that prejudice has now been cured: both the applications judge and this Court have carefully considered the appellant's legal submissions and have passed judgment upon them.

[95] In any event, given the nature of the issues before the Governor in Council, procedural fairness obligations in favour of the appellant did not arise on these facts under this legislative regime. At common law, the Governor in Council is not subject to procedural fairness obligations where it is deciding matters with significant policy content that affect a wide range of constituencies: *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653 at page 670, 106 N.R. 17; *Martineau v. Matsqui Institution*, [1980] 1 S.C.R. 602, 30 N.R. 119; *Canada (M.N.R.) v. Coopers & Lybrand Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 495 at page 504, 24 N.R. 163; *Inuit Tapirisat of Canada v. Canada (A.G.)*, [1980] 2 S.C.R. 735, 33 N.R. 304. On the other hand, there may be some scope for the imposition of procedural fairness obligations where the rights and privileges of an individual or a relatively discrete group of individuals are being directly affected on the basis of provisions that impose objective standards and criteria: David Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001) at page 165 and see also *Cardinal v. Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643 at page 653, 16 Admin. L.R. 233. As mentioned in paragraphs 57-58 above in the context of the appellant's submissions on direct standing, the Governor in Council's decisions did not directly affect the rights and privileges of the appellant. Also as mentioned in paragraphs 63-79 above, subsection 10(1) of the Act does not impose objective standards and criteria on the Governor in Council. Rather, it empowers the Governor in Council to exercise a broad discretion that, as we have seen, is guided by a war crimes policy established by the Government of Canada.

D. Disposition

[96] The respondents, the Attorney General of Canada and Vladimir Katriuk, do not seek their costs. The respondent, Wasyl Odynsky, seeks his costs in his appeal. In my view, costs should follow the outcome of that appeal.

[97] Therefore, I would dismiss the appeals, with costs to the respondent, Wasyl Odynsky, in file A-365-09.

"David Stratas"

J.A.

"I agree
K. Sharlow"

"I agree
Johanne Trudel"

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-365-09

APPEAL FROM THE JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT DATED JUNE 19, 2009 IN FILE NO. T-1162-07

STYLE OF CAUSE: League for Human Rights of
B’Nai Brith Canada v. Wasyl
Odynsky and The Attorney
General of Canada

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: May 4, 2010

REASONS FOR JUDGMENT BY: Stratas J.A.

CONCURRED IN BY: Sharlow and Trudel JJ.A.

DATED: November 12, 2010

APPEARANCES:

David Matas FOR THE APPELLANT

David Gates FOR THE RESPONDENT, THE
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

Barbara Jackman FOR THE RESPONDENT,
WASYL ODYNSKY

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas
Winnipeg, Manitoba

Myles J. Kirvan
Deputy Attorney General of Canada

Jackman & Associates
Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

FOR THE RESPONDENT, THE
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

FOR THE RESPONDENT,
WASYL ODYNSKY

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-366-09

APPEAL FROM THE JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT DATED JUNE 19, 2009 IN FILE NO. T-1191-07

STYLE OF CAUSE: League for Human Rights of
B’Nai Brith Canada v. Vladimir
Katriuk and The Attorney General
of Canada

PLACE OF HEARING: Toronto, Ontario

DATE OF HEARING: May 4, 2010

REASONS FOR JUDGMENT BY: Stratas J.A.

CONCURRED IN BY: Sharlow and Trudel JJ.A

DATED: November 12, 2010

APPEARANCES:

David Matas FOR THE APPELLANT

David Gates FOR THE RESPONDENT, THE
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

Orest H.T. Rudzik FOR THE RESPONDENT,
VLADIMIR KATRIUK

SOLICITORS OF RECORD:

David Matas
Winnipeg, Manitoba

Myles J. Kirvan
Deputy Attorney General of Canada

Orest H.T. Rudzik
Toronto, Ontario

FOR THE APPELLANT

FOR THE RESPONDENT, THE
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

FOR THE RESPONDENT,
VLADIMIR KATRIUK

TAB 18

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20140319

Docket: A-279-13

Citation: 2014 FCA 76

CORAM: DAWSON J.A.
WEBB J.A.
BLANCHARD J.A. (*ex officio*)

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

Heard at Halifax, Nova Scotia, on January 29, 2014.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on March 19, 2014.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY:

WEBB J.A.
BLANCHARD J.A. (*ex officio*)

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20140319

Docket: A-279-13

Citation: 2014 FCA 76

CORAM: DAWSON J.A.
WEBB J.A.
BLANCHARD J.A. (*ex officio*)

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

REASONS FOR JUDGMENT

DAWSON J.A.

Introduction

[1] This is an appeal on a question of law, brought with leave of this Court pursuant to section 41 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (Act). The question concerns the validity of a rule amending the *Canadian Transportation Agency General Rules*, SOR/2005-35 (Rules). The amendment added a single section to the Rules: Rule 2.1 (Quorum Rule). The Quorum Rule is brief, and states ‘In all proceedings before the Agency, one member constitutes a quorum’.

The Quorum Rule was published in the Canada Gazette Part II as SOR/2013-133. Prior to the enactment of the Quorum Rule, two members of the Agency constituted a quorum.

[2] The evidentiary basis for the appeal is simple and undisputed: the Quorum Rule was not made with the approval of the Governor in Council.

[3] The appellant argues that the rules governing the conduct of proceedings before the Agency, including the Quorum Rule, are regulations within the meaning of subsection 36(1) of the Act. As such, the Quorum Rule could only be made with the approval of the Governor in Council. Additionally, the appellant argues that the Rules were originally approved by the Governor in Council. It follows, the appellant argues, that the Rules could not be amended without the approval of the Governor in Council.

[4] The Agency responds that the Quorum Rule is a rule respecting the number of members that are required to hear any matter or perform any of the functions of the Agency. Accordingly, the Agency could enact the Quorum Rule pursuant to its rule-making power found in section 17 of the Act.

[5] Notwithstanding the appellant's able submissions, for the reasons that follow I have concluded that the Agency's decision to enact the Quorum Rule pursuant to its rule-making power (so that the approval of the Governor in Council was not required) was reasonable.

The Applicable Legislation

[6] The Act contains a quorum provision that is expressly subjected to the Agency's rules:

16. (1) Subject to the Agency's rules, two members constitute a quorum.

16. (1) Sous réserve des règles de l'Office, le quorum est constitué de deux membres.

[7] The Agency's rule-making power is as follows:

17. The Agency may make rules respecting

17. L'Office peut établir des règles concernant :

(a) the sittings of the Agency and the carrying on of its work;

a) ses séances et l'exécution de ses travaux;

(b) the manner of and procedures for dealing with matters and business before the Agency, including the circumstances in which hearings may be held in private; and

b) la procédure relative aux questions dont il est saisi, notamment pour ce qui est des cas de huis clos;

(c) the number of members that are required to hear any matter or perform any of the functions of the Agency under this Act or any other Act of Parliament. [Emphasis added.]

c) le nombre de membres qui doivent entendre les questions ou remplir telles des fonctions de l'Office prévues par la présente loi ou une autre loi fédérale. [Le souligné est de moi.]

[8] The relevant provision of the Act dealing with regulations states:

36. (1) Every regulation made by the Agency under this Act must be made with the approval of the Governor in Council.

36. (1) Tout règlement pris par l'Office en vertu de la présente loi est subordonné à l'agrément du gouverneur en conseil.

(2) The Agency shall give the Minister notice of every regulation proposed to be made by the Agency under this Act.

(2) L'Office fait parvenir au ministre un avis relativement à tout règlement qu'il entend prendre en vertu de la présente loi.

The Standard of Review

[9] The parties disagree about the standard of review to be applied.

[10] The appellant argues that the issue of whether the Agency was authorized to enact the Quorum Rule without the approval of the Governor in Council is a true question of jurisdiction, or *vires*. As a result, he submits the applicable standard of review is correctness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 59). In oral argument, the appellant also argued that a quorum requirement is a question of law that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the Agency's specialized area of expertise so that the validity of the Quorum Rule should be reviewed on the standard of correctness.

[11] The respondent counters that in more recent jurisprudence the Supreme Court of Canada has held that true questions of jurisdiction are narrow and exceptional, and that an administrative tribunal's interpretation of its own statute should be presumed to be reviewable on the standard of reasonableness (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 33 and 39).

[12] I agree that what is at issue is whether the Agency properly interpreted its rule-making power contained in its home statute. Pursuant to *Alberta Teachers'*, the presumption of reasonableness review applies. In my view, the presumption of reasonableness review has not been rebutted.

[13] As recently discussed by the Supreme Court in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, 452 N.R. 340, at paragraphs 32 and 33, legislatures do not always speak with clarity. As a result, applying the principles of statutory interpretation may not always provide a single, clear interpretation of a provision. The resolution of unclear language in an

administrative agency's home statute is usually best left to the agency, because the choice between competing reasonable interpretations will often involve policy considerations the legislature presumably wanted the agency to decide.

[14] For two reasons I reject the assertion that a quorum rule raises a general question of law of central importance to the legal system outside the expertise of the Agency.

[15] First, while conceptually quorum requirements are of importance to the fair administration of justice, it does not follow that the Agency's choice between a quorum of one or two members is a question of central importance to the legal system as a whole. In my view, it is not. The Quorum Rule does not seek to define quorum requirements for any other body than the Agency itself.

[16] Second, the Supreme Court has rejected such a narrow view of the expertise of an administrative agency or tribunal. It is now recognized that courts may not be as well-qualified as a given agency to provide an interpretation of the agency's home statute that makes sense in the broad policy context in which the agency operates (*McLean*, at paragraphs 30 and 31, citing, among other authorities, *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail, Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 92 and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at paragraph 25.

[17] It follows that the Agency's interpretation of its rule-making authority is a question reviewable on the standard of reasonableness.

[18] Before leaving the issue of the standard of review I will deal with two authorities raised by the appellant in reply, which were, as a result, the subject of supplementary written submissions.

[19] The two authorities are *Council of Independent Community Pharmacy Owners v. Newfoundland and Labrador*, 2013 NLCA 32, 360 D.L.R. (4th) 286, and *Yates v. Newfoundland and Labrador (Regional Appeal Board)*, 2013 NLTD(G) 173, 344 Nfld. & P.E.I.R. 317.

[20] In my view both decisions are distinguishable. At issue in the first case was whether regulations enacted by the Lieutenant-Governor in Council were *ultra vires*. In the second case, the Court's attention was not drawn to the decisions of the Supreme Court in *Alberta Teachers'* and *McLean*. I am not persuaded either case supports the appellant's position.

The Applicable Principles of Statutory Interpretation

[21] Whether rules made under section 17 of the Act must be approved by the Governor in Council depends upon the interpretation to be given to the word "regulation" as used in subsection 36(1) of the Act.

[22] The preferred approach to statutory interpretation has been expressed in the following terms by the Supreme Court:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 at paragraph 21. See also: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867 at paragraph 29.

[23] The Supreme Court restated this principle in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[24] This formulation of the proper approach to statutory interpretation was repeated in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 at paragraph 21, and *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306 at paragraph 27.

[25] Inherent in the contextual approach to statutory interpretation is the understanding that the grammatical and ordinary sense of a provision is not determinative of its meaning. A court must consider the total context of the provision to be interpreted “no matter how plain the disposition may seem upon initial reading” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 at paragraph 48). From the text and this wider context the

interpreting court aims to ascertain legislative intent, “[t]he most significant element of this analysis” (*R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652 at paragraph 26).

Application of the Principles of Statutory Interpretation

[26] I therefore turn to the required textual, contextual and purposive analysis required to answer this question.

(i) Textual Analysis

[27] The appellant argues that the definitions of “regulation” found in the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21 and the *Statutory Instruments Act*, R.S.C. 1985, c. S-22 decide the meaning of “rules” under the Act. The appellant’s argument relies on paragraph 15(2)(b) of the *Interpretation Act*, which states:

15. (2) Where an enactment contains an interpretation section or provision, it shall be read and construed

[...]

(b) as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears.

15. (2) Les dispositions définitives ou interprétatives d’un texte :

...

b) s’appliquent, sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique.

[28] Subsection 2(1) of the *Interpretation Act* provides that:

2. (1) In this Act,

“regulation” includes an order, regulation, rule, rule of court, form, tariff of costs or fees, letters patent, commission, warrant, proclamation, by-law, resolution or other instrument

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

« règlement » Règlement proprement dit, décret, ordonnance, proclamation, arrêté, règle judiciaire ou autre, règlement administratif, formulaire, tarif de droits, de frais ou d’honoraires,

issued, made or established

lettres patentes, commission, mandat, résolution ou autre acte pris :

(a) in the execution of a power conferred by or under the authority of an Act, or

a) soit dans l'exercice d'un pouvoir conféré sous le régime d'une loi fédérale;

(b) by or under the authority of the Governor in Council. [Emphasis added.]

b) soit par le gouverneur en conseil ou sous son autorité. [Le souligné est de moi.]

[29] Similarly, subsection 2(1) of the *Statutory Instruments Act* provides:

2. (1) In this Act,

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

“regulation” means a statutory instrument

« règlement » Texte réglementaire :

(a) made in the exercise of a legislative power conferred by or under an Act of Parliament, or

a) soit pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale;

(b) for the contravention of which a penalty, fine or imprisonment is prescribed by or under an Act of Parliament,

b) soit dont la violation est passible d'une pénalité, d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement sous le régime d'une loi fédérale.

and includes a rule, order or regulation governing the practice or procedure in any proceedings before a judicial or quasi-judicial body established by or under an Act of Parliament, and any instrument described as a regulation in any other Act of Parliament. [Emphasis added.]

Sont en outre visés par la présente définition les règlements, décrets, ordonnances, arrêtés ou règles régissant la pratique ou la procédure dans les instances engagées devant un organisme judiciaire ou quasi judiciaire constitué sous le régime d'une loi fédérale, de même que tout autre texte désigné comme règlement par une autre loi fédérale. [Le souligné est de moi.]

[30] In the alternative, even if the definitions of “regulation” do not formally apply to the Act, the appellant submits that they are declaratory of the usual and ordinary meaning of the word “regulation”. It follows, the appellant argues, that the word “regulation” found in subsection 36(1)

of the Act includes “rules” made under section 17, so that the Agency was required to obtain the Governor in Council’s approval of the Quorum Rule.

[31] There are, in my view, a number of difficulties with these submissions.

[32] First, the definition of “regulation” in subsection 2(1) of the *Interpretation Act* is preceded by the phrase “In this Act”. This is to be contrasted with subsection 35(1) of the *Interpretation Act* which contains definitions that are to be applied “[i]n every enactment”. As the word “regulation” is not found in subsection 35(1), the logical inference is that the definition found in subsection 2(1) is not to be applied to other enactments.

[33] Similarly, the word “regulation” is defined in the *Statutory Instruments Act* only for the purpose of that Act.

[34] Second, paragraph 15(2)(b) of the *Interpretation Act* is subject to the caveat “unless a contrary intention” is evidenced in the enactment under consideration. For reasons developed in the contextual analysis, I am of the view that the Act does demonstrate such a contrary intention.

[35] Third, subsection 3(3) of the *Interpretation Act* states that “[n]othing in this Act excludes the application to an enactment of a rule of construction applicable to that enactment and not inconsistent with this Act.” This further limits the application of paragraph 15(2)(b) of the *Interpretation Act*.

[36] Notwithstanding these difficulties, I agree that there is some potential ambiguity in the plain meaning of the word “regulation” in that in some contexts it can include a “rule”. Where the word “regulation” can support more than one ordinary meaning, the meaning of the word plays a lesser role in the interpretive process. I therefore turn to the contextual analysis to read the provisions of the Act as a harmonious whole.

(ii) Contextual Analysis

[37] An electronic search of the Act discloses that the word “rule” is used in the order of 11 different provisions, while “regulation” is found in over 30 provisions. In no case are the words used interchangeably. For example, at subsection 4(1) of the Act, “orders and regulations” made under the Act relating to transportation matters take precedence over any “rule, order or regulation” made under any other Act of Parliament. Similarly, under section 25 of the Act, the Agency is granted all powers vested in superior courts to, among other things, enforce “orders and regulations” made under the Act. The absence of reference to “rules” in both provisions suggests rules hold a subsidiary position to orders or regulations. This interpretation is consistent with the view that rules are created by the Agency on its own initiative, while orders come at the end of an adjudicative process and regulations must be approved by the Governor in Council.

[38] Other provisions relevant to the contextual analysis are sections 34 and 36 of the Act. Subsection 34(2) requires the Agency to give to the Minister notice of every rule proposed under subsection 34(1) (which deals with the fixing of license and permit fees). Subsection 36(2) similarly requires the Agency to give the Minister notice of every regulation proposed to be made under the Act. If rules are a subset of regulations, subsection 34(2) would be redundant, because the Minister

must be notified of all proposed regulations. The interpretation of “rules” as a subset of “regulation” would violate the presumption against tautology, where Parliament is presumed to avoid speaking in vain (*Quebec (Attorney General) v. Carrières Ste. Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at page 838.

[39] Moreover, whenever “rule” appears in the Act it is in the context of internal procedural or non-adjudicative administrative matters. See:

- subsection 16(1): dealing with the quorum requirement;
- subsection 17(a): dealing with sittings of the Agency and the carrying on of its work;
- subsection 17(b): concerning procedures and business before the Agency, including the circumstances in which hearings may be held in private;
- subsection 17(c) dealing with a number of members required to hear any matter or perform any of the functions of the Agency;
- subsection 25.1(4): dealing with the Agency’s right to make rules specifying a scale under which costs are taxed;
- subsection 34(1): dealing with fixing fees for, among other things, applications, licenses and permits;
- section 109: dealing with the right of judges of the Federal Court to, with the approval of the Governor in Council, make general rules regarding the practice and procedure of the Court in relation to insolvent railways;
- subsection 163(1): providing that in the absence of agreement to the contrary, the Agency’s rules of procedure apply to arbitrations; and
- subsection 169.36(1): dealing with the right of the Agency to make rules of procedure for an arbitration.

[40] In contrast, the Act's use of the word "regulations" generally refers to more than merely internal, procedural matters. For example:

- subsection 86(1): the Agency can make regulations relating to air services;
- section 86.1: the Agency shall make regulations respecting advertising of prices for air services within or originating in Canada;
- subsection 92(3): the Agency can make regulations concerning the adequacy of liability insurance for a railway;
- subsection 117(2): the Agency may make regulations with respect to information to be contained in a railway tariff;
- subsection 128(1): the Agency can make regulations relating to the interswitching of rail traffic; and
- section 170: the Agency can make regulations for the purpose of eliminating undue obstacles in the transportation network to the mobility of persons with disabilities.

[41] The dichotomy between internal/procedural matters on one hand and external/substantive on the other is reflected in section 54 of the Act, which provides that the appointment of receivers or managers does not relieve them from complying with the Act and with the "orders, regulations, and directions made or issued under this Act". The absence of "rules" from this listing is consistent with the interpretation that, in the context of the Act, rules only apply to procedural matters and not the substantive operations that a receiver or manager would be charged with. This interpretation also accords with the presumption of consistent expression, since it is generally inferred that "[w]hen an Act uses different words in relation to the same subject such a choice by Parliament must be

considered intentional and indicative of a change in meaning or a different meaning” (*Peach Hill Management Ltd. v. Canada*, [2000] F.C.J. No. 894, 257 N.R. 193, at paragraph 12 (F.C.A.)).

[42] Another relevant provision is section 109, which requires Federal Court judges to seek approval from the Governor in Council when establishing rules of procedure for matters relating to insolvent railways. Two possible conclusions may be taken from this provision. First, it could imply that the Agency’s rules are also subject to Governor in Council approval. Second, it could imply that since Federal Court judges are explicitly required to seek such approval, the absence of that same requirement under section 17 is indicative of Parliament’s intent that the Agency is not required to seek such approval.

[43] The latter interpretation is, in my view, the better view. It is in accordance with the maxim of statutory interpretation *expressio unius exclusio alterius*, which in essence states that consistent drafting requires that some legislative silences should be seen as deliberate. While this maxim should be approached with caution, the Supreme Court has relied on similar reasoning to find Parliament’s inclusion of express limitations in some sections of an act as evidence Parliament did not intend those limitations to be included in other provisions where the exceptions are not explicitly stated (*Ulybel Enterprises* at paragraph 42).

[44] In the present case, since the Act specifically requires Federal Court judges to receive approval from the Governor in Council when establishing rules of procedure, the application of the *exclusio unius* maxim is consistent with the interpretation that the Agency’s rules are not subject to this requirement.

[45] There is a further, final contextual aid, found in the legislative evolution of the Act. In *Ulybel Enterprises* at paragraph 33, the Supreme Court noted that prior enactments may throw light on Parliament's intent when amending or adding to a statute.

[46] The predecessor to the Agency, the National Transportation Agency (NTA), was governed by the *National Transportation Act, 1987, c. 28* (3rd Supp.) (former Act).

[47] Pursuant to subsection 22(1) of the former Act, the NTA had the power to make rules with the approval of the Governor in Council:

22. (1) The Agency may, with the approval of the Governor in Council, make rules respecting

(a) the sittings of the Agency and the carrying on of its work;

(b) the manner of and procedures for dealing with matters and business before the Agency, including the circumstances in which in camera hearings may be held; and

(c) the number of members of the Agency that are required to hear any matter or exercise any of the functions of the Agency under this Act or any other Act of Parliament.

(2) Subject to the rules referred to in subsection (1), two members of the Agency constitute a quorum.
[Emphasis added.]

22. (1) L'Office peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règles concernant:

a) ses séances et l'exécution de ses travaux;

b) la procédure relative aux questions dont il est saisi, notamment pour ce qui est des cas de huis clos;

c) le nombre de membres qui doivent connaître des questions ou remplir telles des fonctions de l'Office prévues par la présente loi ou une autre loi fédérale.

(2) Sous réserve des règles visées au paragraphe (1), le quorum est constitué de deux membres. [Le souligné est de moi.]

[48] In 1996, the former Act was replaced with the current regime. Section 22 of the former Act was replaced by nearly identical provisions contained in subsection 16(1) and section 17 of the current Act. There was one significant difference: the requirement to obtain Governor in Council approval for the rules was removed. In my view, this demonstrates that Parliament intended that the Agency not be required to obtain Governor in Council approval when making rules pursuant to section 17 of the Act.

[49] Before leaving the contextual analysis, for completeness, I note that at the hearing of this appeal counsel for the Agency indicated that he no longer relied on the clause-by-cause analysis of section 17 of the Act as an aid to interpretation. As such, it has formed no part of my analysis.

(iii) Purposive Analysis

[50] The Agency has a broad mandate in respect of all transportation matters under the legislative authority of Parliament. The Agency performs two key functions.

[51] First, in its role as a quasi-judicial tribunal, it resolves commercial and consumer transportation-related disputes. Its mandate was increased to include resolving accessibility issues for persons with disabilities.

[52] Second, the Agency functions as an economic regulator, making determinations and issuing licenses and permits to carriers which function within the ambit of Parliament's authority. In both roles the Agency may be called to deal with matters of significant complexity.

[53] Subsection 29(1) of the Act requires the Agency to make its decision in any proceeding before it as expeditiously as possible, but no later than 120 days after the originating documents are received (unless the parties agree otherwise or the Governor in Council shortens the time frame by regulation).

[54] The mandate of the Agency when viewed through the lens that it must act with celerity requires an efficient decision-making process. Efficient processes are the result of a number of factors, not the least of which are rules of procedure that establish efficient procedures and that are flexible and able to react to changing circumstances.

[55] In my view, interpreting subsection 36(1) of the Act to not include rules as a subset of regulations (so as to allow the Agency to enact rules without Governor in Council approval) is consistent with the purpose of the Agency as envisioned in the Act.

(iv) Conclusion of Statutory Interpretation Analysis

[56] Having conducted the required textual, contextual and purposive analysis, I am satisfied the Agency's interpretation of the Act was reasonable. While there may be a measure of ambiguity in the text of the Act, the Act's context and purpose demonstrate that the Agency's interpretation fell within a range of acceptable outcomes.

[57] There remains to consider the appellant's final argument.

What, if anything, is the Effect of Governor in Council Approval of the Rules in 2005?

[58] As noted above, the appellant argues that because the Rules were approved by the Governor in Council, they could not be amended without Governor in Council approval.

[59] In my view, there are two answers to this argument.

[60] First, while the Regulatory Impact Analysis Statement which accompanied the Rules in 2005 stated that Governor in Council approval was required for the enactment of the Rules, such a statement does not bind this Court. Regulatory Impact Analysis Statements do not form part of the substantive enactment (*Astral Media Radio Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2010 FCA 16, [2011] 1 F.C.R. 347, at paragraph 23). As the Agency later reasonably concluded that Governor in Council approval was not required to enact the Quorum Rule, it follows that Governor in Council approval in 2005 was an unnecessary step that does not limit or bind the Agency now or in the future.

[61] Second, the Quorum Rule is new. It does not vary or rescind any provision in the Rules that could be said to be previously approved by the Governor in Council.

Conclusion

[62] For these reasons, I would dismiss the appeal. In the circumstances where the appeal was in the nature of public interest litigation and the issue raised by the appellant was not frivolous, I would award the appellant his disbursements in this Court.

[63] In the event the parties are unable to reach agreement on the disbursements, they shall be assessed.

“Eleanor R. Dawson”

J.A.

“I agree.

Wyman W. Webb J.A.”

“I agree.

Edmond P. Blanchard J.A. (*ex officio*)”

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-279-13

STYLE OF CAUSE: DR. GÁBOR LUKÁCS v.
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

PLACE OF HEARING: HALIFAX, NOVA SCOTIA

DATE OF HEARING: JANUARY 29, 2014

REASONS FOR JUDGMENT BY: DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY: WEBB J.A.
BLANCHARD J.A. (*ex officio*)

DATED: MARCH 19, 2014

APPEARANCES:

Dr. Gábor Lukács FOR THE APPELLANT
(on his own behalf)

Simon-Pierre Lessard FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Counsel FOR THE RESPONDENT
Legal Services Branch
Canadian Transportation Agency

TAB 19

Manitoba (AG) v Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 SCR 110

CLA Vol. 1, Part B, Tab 9

Attorney General of Manitoba *Appellant*

v.

Metropolitan Stores (MTS) Ltd. *Respondent*

and

**Manitoba Food and Commercial Workers,
Local 832** *Respondent*

and

The Manitoba Labour Board *Respondent*

INDEXED AS: MANITOBA (ATTORNEY GENERAL) v.
METROPOLITAN STORES LTD.

File No.: 19609.

1986: June 20; 1987: March 5.

Present: Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain and
La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Courts — Procedure — Stay of proceedings and interlocutory injunctions — Constitutional validity of legislation challenged — Board proposing to act pursuant to challenged legislation — Motion to stay Board's proceedings until determination of constitutional validity of legislation — Decision to deny motion overturned by Court of Appeal — Principle governing judge's discretionary power to grant stay — Appropriateness of Court of Appeal's intervention in motion judge's discretion — Labour Relations Act, C.C.S.M., c. L10, s. 75.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Currency of impugned legislation — Whether or not presumption of constitutionality when legislation challenged under Charter.

The Manitoba Labour Board was empowered by *The Labour Relations Act* to impose a first collective agreement. When the union applied to have the Board impose a first contract, the employer commenced proceedings in the Manitoba Court of Queen's Bench to have that power declared invalid as contravening the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Within the framework of this action, the employer applied by way of motion in the Court of Queen's Bench for an order to stay The Manitoba Labour Board until the issue of the legislation's validity had been heard. The motion was denied. The Board, unfettered by a stay order, indicated that a

Procureur général du Manitoba *Appelant*

c.

Metropolitan Stores (MTS) Ltd. *Intimée*

^a
et

**Manitoba Food and Commercial Workers,
section locale 832** *Intimé*

^b
et

The Manitoba Labour Board *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MANITOBA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) c.
METROPOLITAN STORES LTD.

^c

N° du greffe: 19609.

1986: 20 juin; 1987: 5 mars.

Présents: Les juges Beetz, McIntyre, Lamer, Le Dain et
^d La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Tribunaux — Procédure — Suspension d'instance et injonctions interlocutoires — Contestation de la constitutionnalité d'une loi — Commission qui se propose d'agir en vertu de la loi contestée — Requête en suspension des procédures devant la Commission jusqu'à la détermination de la constitutionnalité de la loi — Décision rejetant la requête infirmée par la Cour d'appel — Principe régissant le pouvoir discrétionnaire du juge d'accorder la suspension d'instance — Est-il approprié pour la Cour d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance? — Labour Relations Act, C.C.S.M., chap. L10, art. 75.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la loi attaquée — Existe-t-il une présomption de constitutionnalité lorsqu'une loi est contestée en vertu de la Charte?

The Manitoba Labour Board (la Commission) était habilitée par *The Labour Relations Act* à imposer une première convention collective. Quand le syndicat a demandé à la Commission d'imposer une première convention collective, l'employeur a engagé devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba des procédures visant à faire déclarer la disposition conférant ce pouvoir invalide parce qu'elle contrevenait à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans le cadre de cette action, l'employeur a saisi la Cour du Banc de la Reine d'une requête pour obtenir une suspension des procédures devant la Commission en attendant que la question de la

that there was a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim. Estey J. speaking for himself and five other members of the Court in a unanimous judgment referred to but did not comment upon this difference in *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, at pp. 9-10.

American Cyanamid has been followed on this point in many Canadian and English cases, but it has also been rejected in several other instances and it does not appear to be followed in Australia: see the commentaries and cases referred to in P. Carlson, "Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?" (1982), 12 *Man. L.J.* 109; B. M. Rogers and G. W. Hatley, "Getting the Pre-Trial Injunction" (1982), 60 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 9-19; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto 1983), at pp. 66-77.

In the case at bar, it is neither necessary nor advisable to choose, for all purposes, between the traditional formulation and the *American Cyanamid* description of the first test: the British case law illustrates that the formulation of a rigid test for all types of cases, without considering their nature, is not to be favoured (see Hanbury and Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1960), pp. 736-43). In my view, however, the *American Cyanamid* "serious question" formulation is sufficient in a constitutional case where, as indicated below in these reasons, the public interest is taken into consideration in the balance of convenience. But I refrain from expressing any view with respect to the sufficiency or adequacy of this formulation in any other type of case.

The second test consists in deciding whether the litigant who seeks the interlocutory injunction would, unless the injunction is granted, suffer irreparable harm, that is harm not susceptible or difficult to be compensated in damages. Some judges consider at the same time the situation of the other party to the litigation and ask themselves

conclu que, pour y satisfaire, il suffisait de convaincre la cour de l'existence d'une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire. Dans l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, aux pp. 9 et 10, rendu à l'unanimité, le juge Estey, parlant pour lui-même et pour cinq autres membres de la Cour, a mentionné cette différence, sans pourtant la commenter.

L'arrêt *American Cyanamid* a été suivi sur ce point dans bien des décisions canadiennes et anglaises, mais il a été rejeté dans plusieurs autres cas et ne paraît pas être suivi en Australie: voir les commentaires exprimés et les décisions mentionnées dans P. Carlson, «Granting an Interlocutory Injunction: What is the Test?» (1982), 12 *Man. L.J.* 109; B. M. Rogers and G. W. Hatley, «Getting the Pre-Trial Injunction» (1982), 60 *R. du B. can.* 1, aux pp. 9 à 19; R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto 1983), aux pp. 66 à 77.

En l'espèce, il n'est ni nécessaire ni recommandable de choisir à tous égards entre la formulation traditionnelle du premier critère et celle donnée dans l'arrêt *American Cyanamid*: la jurisprudence britannique démontre que la formulation d'un critère rigide applicable à tous les types d'affaires, sans avoir égard à leur nature, n'est pas une solution à retenir (voir Hanbury et Maudsley, *Modern Equity* (12th ed. 1960), aux pp. 736 à 743). À mon avis, cependant, la formulation dans l'arrêt *American Cyanamid*, savoir celle de l'existence d'une «question sérieuse», suffit dans une affaire constitutionnelle où, comme je l'indique plus loin dans les présents motifs, l'intérêt public est pris en considération dans la détermination de la prépondérance des inconvénients. Mais je m'abstiens d'exprimer une opinion quelconque sur le caractère suffisant ou adéquat de cette formulation dans tout autre type d'affaires.

Le deuxième critère consiste à décider si la partie qui cherche à obtenir l'injonction interlocutoire subirait, si elle n'était pas accordée, un préjudice irréparable, c'est-à-dire un préjudice qui n'est pas susceptible d'être compensé par des dommages-intérêts ou qui peut difficilement l'être. Certains juges tiennent compte en même temps de la

whether the granting of the interlocutory injunction would cause irreparable harm to this other party if the main action fails. Other judges take the view that this last aspect rather forms part of the balance of convenience.

The third test, called the balance of convenience and which ought perhaps to be called more appropriately the balance of inconvenience, is a determination of which of the two parties will suffer the greater harm from the granting or refusal of an interlocutory injunction, pending a decision on the merits.

I now propose to consider the particular application of the test of the balance of convenience in a case where the constitutional validity of a legislative provision is challenged. As Lord Diplock said in *American Cyanamid*, *supra*, at p. 511:

... there may be many other special factors to be taken into consideration in the particular circumstances of individual cases.

It will be seen in what follows that the consequences for the public as well as for the parties, of granting a stay in a constitutional case, do constitute "special factors" to be taken into consideration.

(2) The Balance of Convenience and the Public Interest

A review of the case law indicates that, when the constitutional validity of a legislative provision is challenged, the courts consider that they ought not to be restricted to the application of traditional criteria which govern the granting or refusal of interlocutory injunctive relief in ordinary private or civil law cases. Unless the public interest is also taken into consideration in evaluating the balance of convenience, they very often express their disinclination to grant injunctive relief before constitutional invalidity has been finally decided on the merits.

The reasons for this disinclination become readily understandable when one contrasts the uncertainty in which a court finds itself with respect to

situation de l'autre partie au litige et se demandent si l'injonction interlocutoire occasionnerait un préjudice irréparable à cette autre partie dans l'hypothèse où la demande principale serait rejetée.

^a D'autres juges estiment que ce dernier élément fait plutôt partie de la prépondérance des inconvénients.

^b Le troisième critère, celui de la prépondérance des inconvénients, consiste à déterminer laquelle des deux parties subira le plus grand préjudice selon que l'on accorde ou refuse une injonction interlocutoire en attendant une décision sur le fond.

^d Voilà qui m'amène à l'application particulière du critère de la prépondérance des inconvénients dans un cas où l'on conteste la constitutionnalité d'une disposition législative. Comme l'a dit lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid*, précité, à la p. 511:

^e [TRADUCTION] ... il peut y avoir beaucoup d'autres éléments particuliers dont il faut tenir compte dans les circonstances particulières d'un cas déterminé.

^f Comme on le verra, les conséquences d'une suspension d'instance pour le public aussi bien que pour les parties constituent assurément, dans une affaire constitutionnelle, des «éléments particuliers» dont il faut tenir compte.

^g 2) La prépondérance des inconvénients et l'intérêt public

^h D'après la jurisprudence, quand la constitutionnalité d'une disposition législative est contestée, les tribunaux estiment qu'ils ne doivent pas se limiter à l'application des critères traditionnels régissant l'octroi ou le refus d'une injonction interlocutoire dans les affaires civiles ordinaires. À moins que l'intérêt public ne soit également pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients, les tribunaux se montrent très souvent réticents à accorder une injonction avant que la question de la constitutionnalité ait été définitivement tranchée au fond.

^j Les raisons de cette réticence se comprennent facilement quand on oppose l'incertitude dans laquelle un tribunal se trouve au stade interlocu-

lost in the New Brunswick Court of Appeal and was threatened with the cancellation of its permit when, in an unreported judgment dated July 31, 1986, this Court granted it leave to appeal as well as a stay of proceedings before the Liquor Licensing Board, pending the determination of its appeal. The stay was granted subject to compliance with an expedited schedule for filing the materials and for hearing the appeal. No reasons were given by this Court but those who were present at the oral argument of the application for leave to appeal and for a stay could easily infer from exchanges between members of the Court and counsel that the Court was alive to the enforcement problems created for the New Brunswick Liquor Licensing Board with respect to licence holders other than the Rio Hotel.

(iii) *Conclusion*

It has been seen from what precedes that suspension cases and exemption cases are governed by the same basic rule according to which, in constitutional litigation, an interlocutory stay of proceedings ought not to be granted unless the public interest is taken into consideration in the balance of convenience and weighted together with the interest of private litigants.

The reason why exemption cases are assimilated to suspension cases is the precedential value and exemplary effect of exemption cases. Depending on the nature of the cases, to grant an exemption in the form of a stay to one litigant is often to make it difficult to refuse the same remedy to other litigants who find themselves in essentially the same situation, and to risk provoking a cascade of stays and exemptions, the sum of which make them tantamount to a suspension case.

The problem had already been raised in the *Campbell Motors* case, *supra*, where Robertson J.A. wrote at p. 47 in the above-quoted passage:

pour contester la validité de ces conditions. Débouté en Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le Rio Hotel était menacé de l'annulation de sa licence quand, dans une décision inédite en date du 31 juillet 1986, cette Cour lui a accordé l'autorisation de pourvoi ainsi que la suspension des procédures devant la Commission des licences et permis d'alcool en attendant l'issue de son pourvoi. La suspension d'instance fut accordée à la condition que la production de documents en vue du pourvoi et l'audition aient lieu dans des délais abrégés. Cette Cour n'a pas motivé sa décision, mais ceux qui étaient présents à l'audition relative à la demande d'autorisation de pourvoi et à la demande de suspension d'instance pouvaient facilement déduire des échanges entre les membres de la Cour et les avocats que la Cour était préoccupée par les problèmes d'application qui en résulteraient pour la Commission des licences et permis d'alcool du Nouveau-Brunswick dans le cas de titulaires de licences autres que le Rio Hotel.

iii) *Conclusion*

Il se dégage de ce qui précède que les cas de suspension et les cas d'exemption sont régis par la même règle fondamentale selon laquelle, dans les affaires constitutionnelles, une suspension interlocutoire d'instance ne devrait pas être accordée à moins que l'intérêt public ne soit pris en considération dans l'appréciation de la prépondérance des inconvénients en même temps que l'intérêt des plaideurs privés.

Si les cas d'exemption sont assimilés aux cas de suspension, cela tient à la valeur jurisprudentielle et à l'effet exemplaire des cas d'exemption. Suivant la nature des affaires, du moment qu'on accorde à un plaideur une exemption sous la forme d'une suspension d'instance, il est souvent difficile de refuser le même redressement à d'autres justiciables qui se trouvent essentiellement dans la même situation et on court alors le risque de provoquer une avalanche de suspensions d'instance et d'exemptions dont l'ensemble équivaut à un cas de suspension de la loi.

Ce problème avait déjà été évoqué dans l'arrêt *Campbell Motors*, précité, où le juge Robertson a écrit, dans le passage déjà reproduit à la p. 47:

TAB 20

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20200110

Docket: A-309-18

Citation: 2020 FCA 5

**CORAM: RENNIE J.A.
WOODS J.A.
LASKIN J.A.**

BETWEEN:

ANTON OLEYNIK

Appellant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondent

Heard at Ottawa, Ontario, on September 4, 2019.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on January 10, 2020.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

LASKIN J.A.

CONCURRED IN BY:

**RENNIE J.A.
WOODS J.A.**

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20200110

Docket: A-309-18

Citation: 2020 FCA 5

CORAM: RENNIE J.A.
WOODS J.A.
LASKIN J.A.

BETWEEN:

ANTON OLEYNIK

Appellant

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA

Respondent

REASONS FOR JUDGMENT

LASKIN J.A.

I. Introduction

[1] Dr. Anton Oleynik appeals from a judgment of the Federal Court (2018 FC 737, Heneghan J.). In its judgment, the Federal Court dismissed Dr. Oleynik's application for judicial review of a decision of an appeals committee of the Social Sciences and Humanities Research

Council. The appeals committee confirmed the decision of a SSHRC adjudication committee not to offer to Dr. Oleynik funding for which he had applied.

[2] On appeal to this Court, Dr. Oleynik submits that the Federal Court erred in two respects: first, by failing to conclude that there were unaddressed conflicts of interest affecting both the adjudication committee and the appeals committee; and second, by failing to conclude that SSHRC breached his right to procedural fairness by following a process that did not conform with its own policies, contrary to his reasonable expectations.

[3] For the reasons that follow, which differ in several ways from those of the Federal Court, I would dismiss the appeal.

II. SSHRC and its policies

[4] SSHRC is a federal Crown agent, established by the *Social Sciences and Humanities Research Council Act*, R.S.C. 1985, c. S-12, to support and promote research and scholarship in the social sciences and humanities. To fulfil its mandate, SSHRC provides funding opportunities for postsecondary-based research and research training.

[5] The Act authorizes SSHRC, subject to the approval of the Governor in Council, to make by-laws for the regulation of its proceedings and generally for the conduct of its activities. However, SSHRC has made no by-laws governing its process for deciding on applications for funding, though it has published policies setting out its process. It is also subject to the Conflict of Interest and Confidentiality Policy of the Federal Research Funding Organizations.

A. *The merit review process*

[6] According to the policies set out in SSHRC's Manual for Adjudication Committee Members at the relevant time, SSHRC assesses applications for funding using a merit review process. External reviewers provide expert assessments of applications, and adjudication committees then make funding decisions by scoring each application on a scale.

[7] A chair leads each adjudication committee, and is responsible for ensuring that the committee conducts its work with fairness, thoroughness, and integrity. Committee chairs are expected to be "broadly familiar" with the applications in the competition. They play "a vital role" in ensuring that SSHRC's policies and procedures are observed.

[8] The policies state that committee members participate in "a committee discussion of the entire set of applications submitted to the committee for consideration." (The 2019-2020 version of the Manual now qualifies this statement: it states that "[s]ome funding opportunities have a cutoff point, meaning applications must have a minimum score or rank to be eligible for funding.") After the committee discusses the applications, the committee reviews and finalizes the rank-ordered list of applications. The final list divides the adjudicated applications into those recommended for funding and those not recommended. The committee chair approves the resulting spreadsheet and the final scores.

B. *Conflicts of interest*

[9] SSHRC recognizes in the Manual that conflicts of interest can and do arise in the adjudication of applications. Participants in the merit review process are required to declare their interests when carrying out review activities, and to identify and manage any “real, perceived, or potential” conflicts.

[10] The Conflict of Interest and Confidentiality Policy of the Federal Research Funding Organizations defines “conflict of interest” as “a conflict between a Participant’s duties and responsibilities with regard to the Review Process, and a Participant’s private, professional, business or public interests.” The definition goes on to state that

[t]here may be a real, perceived, or potential conflict of interest when the Participant:

- i. would receive professional or personal benefit resulting from the funding opportunity or application being reviewed;
- ii. has a professional or personal relationship with an Applicant or the Applicant’s institution; or
- iii. has a direct or indirect financial interest in a funding opportunity or application being reviewed.

[11] The policy prohibits external reviewers and review committee members, including committee chairs, from involvement in the review of an application if they are in a conflict of interest.

C. *The SSHRC appeals process*

[12] Under the SSHRC policy entitled Appeals of Decisions Based on Merit Review, applicants may seek reconsideration of a funding decision only where there is evidence that an “error” has occurred during the merit review process and that this “error” resulted in a negative funding decision. According to the policy, “[e]rrors are departures from SSHRC’s policies and procedures,” and may include, among other things, an undeclared or unaddressed conflict of interest. The policy also states that SSHRC will not accept appeals based on, among other things, a difference in scholarly opinion between that of adjudication committee members and/or external assessors. Decisions on appeals are final.

[13] The appeals process requires appellants to provide a “compelling demonstration that an error occurred in the review process.” Appeals must be submitted in writing, and appeal letters must be no more than two pages in length. SSHRC staff communicate with appellants should additional information be required. An appeals committee will not consider supporting documents not included in the original application for funding.

[14] According to the policy, once an appeal is received, SSHRC’s executive vice-president, corporate affairs, determines with the assistance of staff “whether there are grounds for appeal.” Where an appeal “is allowed,” it is referred to an appeals committee. The appeals committee may confirm the original recommendation of the adjudication committee, or recommend in favour of the appellant. A decision in favour of the appellant will not necessarily result in an award of funds. Whether it does is “dependent on, for example, the final ranking of the proposal.”

III. Dr. Oleynik's application

[15] Dr. Oleynik, a tenured professor of sociology at Memorial University of Newfoundland, applied to SSHRC for funding in October 2015. In May 2016, he received a letter from SSHRC informing him that funding would not be offered.

[16] The letter stated that the adjudication committee reviewed each application, and then ranked the applications according to their relative merit. Enclosed with the letter were the committee evaluation form, all assessments received, and competition statistics, which included overall results as well as Dr. Oleynik's application score and ranking. The committee evaluation form stated that while Mr. Oleynik's application "received a passing score on each of the three evaluation criteria, its final ranking was not high enough to permit an award from the funds available." The form further noted that "[a]pplications initially determined by committee consensus to be ranked in the lowest 35% were not discussed by the committee during the final stage of adjudication." Dr. Oleynik's application fell into this category; it was therefore not discussed.

IV. Dr. Oleynik's internal appeal

A. *The appeal and its disposition*

[17] Dr. Oleynik appealed the negative funding decision through SSHRC's appeals process. In support of his appeal, he submitted materials that far exceeded the two-page limit. He also submitted an abridged version of his submissions that complied with the limit. In it he put forward three bases for the appeal: that (1) SSHRC failed to organize the merit review so that his

application was evaluated by peers with expertise in his field; (2) the adjudication committee chair, who is a “central figure” in the merit review process, was in a conflict of interest, one that was “neither properly declared nor managed”; and (3) an external assessor “also acted in a conflict of interest situation.” He did not raise as a basis for his appeal any expectation on his part that the adjudication committee would discuss his application. Nor did he include a complaint that there were additional grounds that could have been raised but for the two-page limit, though he did complain that the limit prevented him from substantiating the first ground that he put forward.

[18] The adjudication committee chair was Dr. Kevin McQuillan, the Deputy Provost of the University of Calgary and a member of the University’s senior management team. Dr. Oleynik’s submission stated that before becoming Deputy Provost, Dr. McQuillan served as dean of the University’s Faculty of Arts, a position whose holder also forms part of the University’s senior management. From 2008 to 2014, Dr. Oleynik was a party to a legal dispute involving a member of the University’s academic staff. This staff member had participated in SSHRC’s evaluation of an earlier version of Dr. Oleynik’s funding application, which had also been unsuccessful. (See *Oleynik v. University of Calgary*, 2011 ABCA 281, leave to appeal to S.C.C. refused, 2012 CanLII 22122; *Oleynik v. University of Calgary*, 2012 ABQB 189; *Oleynik v. University of Calgary*, 2012 ABQB 286; *Oleynik v. University of Calgary*, 2013 ABCA 105, leave to appeal to S.C.C. refused, [2013] 3 S.C.R. ix; *Oleynik v. University of Calgary*, 2013 ABCA 278; *Oleynik v. University of Calgary*, 2013 ABCA 395, leave to appeal refused, 2014 ABCA 19; *Oleynik v. University of Calgary*, 2013 ABCA 429.) According to Dr. Oleynik’s appeal submission, the dispute caused the University to spend more than \$100,000 in legal fees.

[19] Dr. Oleynik submitted that, as a member of the University's senior management team, Dr. McQuillan "must have been informed" about the legal dispute and "beyond reasonable doubt knew about the dispute." There was therefore, he submitted, a conflict between Dr. McQuillan's institutional and business interests as a member of the senior management team of the University and his responsibilities in the merit review process.

[20] As noted above, SSHRC's appeals policy provides that the executive vice-president, corporate affairs may screen out any ground of appeal that does not come within the policy. The executive vice-president, corporate affairs, wrote to Dr. Oleynik informing him that his appeal would be "put forward to an appeals committee based on a potential conflict of interest with the chair of the committee [emphasis added]," and that the appeals committee would "determine what impact, if any, this may have had on [his] file." The letter stated, "Please also note that following the review of your file, no other conflicts of interest were identified. Additionally, a difference of scholarly opinion is not grounds for an appeal." The letter advised that the appeals committee would not consider the material submitted by Dr. Oleynik other than the two-page abridged appeal letter.

[21] Dr. Oleynik was informed in October 2016, by letter from the executive vice-president, corporate affairs, of the appeals committee's decision to recommend that the scores originally assigned to his application be upheld. The letter emphasized that the role of the appeals committee was limited to judging "what impact, if any, the identified 'error' (in this case, the real, perceived or potential conflict of interest of the Chair of the Committee) had on the file's assessment and scores assigned by the original committee."

B. *The appeals committee process*

[22] Records obtained by Dr. Oleynik following a request under the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, included internal SSHRC documents that further illuminate the process followed in his appeal.

[23] One of these documents was a memorandum setting out the briefing to be provided to the members of the appeals committee. They were to be told to rest assured that the staff of the executive vice-president, corporate affairs, had “carried out the necessary background work and fact-finding to determine the grounds for appeal.” The memorandum also explained the appeals committee’s role, in these terms:

The role of the appeals committee is not to carry out a completely new evaluation of the files – your role is, to the best of your ability, [to] judge the impact that the “error” (in other words departure from SSHRC policy or procedure) may have had (if any) on the original evaluation of the file based on the application and adjudication material [...] provided.

[24] The memorandum addressed the remedies open to the committee as follows:

One of two outcomes is possible: the original score(s) stand (i.e. you agree with the evaluation of the original committee) OR you think based on the information available to you that the score(s) should be modified. This may or may not result in funding [...].

[25] After a brief statement of the background to Dr. Oleynik’s appeal, the document stated that “[t]he error that is considered to have occurred is that a real, perceived [or] potential conflict of interest existed with the Chair of the committee and that the Chair did not declare or address this conflict.”

[26] Another internal memorandum advised that “the Chair had no role in adjudicating the file and the file was not ranked high enough to warrant a discussion during the adjudication meeting [...]”

[27] The worksheet prepared to record the outcome of the appeals committee’s deliberations stated, after describing the basis for the appeal, that “[s]ince the Chair of the committee is a member of the senior management of the University, they would have known about the legal dispute.” It set out three questions for the committee to answer: (1) “To what degree do you think the error had an impact on the adjudication of this file?” (2) “Does the error warrant a change to scores?” and (3) “If a change in score(s) is warranted, what is the new score?”

[28] In the box adjacent to the first question, there is the following hand-written answer: “- discrepancy relatively normal. - No evidence that the Chair necessarily knew what was going on.” In the box adjacent to the second, the handwritten answer is “- There is no evidence that a COI of the Chair would have influenced the scores + final income [sic].” The box adjacent to the third contained no new score.

[29] A briefing memorandum on the appeals committee’s recommendations stated that the committee “found no evidence that a real, perceived or potential conflict of interest of the Chair influenced the scores or final outcome” of Dr. Oleynik’s application. It was on that basis that the appeals committee recommended that the original scores assigned to the application be upheld.

C. *The appeals committee chair*

[30] The further documents that Dr. Oleynik obtained also disclosed that the appeals committee was chaired by Dr. Alain Verbeke, a member of the teaching faculty of the University of Calgary. Before taking on the role of chair, Dr. Verbeke was asked to confirm that he had no conflict of interest with any of the applicants, co-applicants, or collaborators involved in appeals that the committee would consider. It does not appear that he was asked about any conflict arising from his role at the University of Calgary relative to that of Dr. McQuillan, the chair of the committee whose decision was the subject of Dr. Oleynik's appeal. Nor is there anything in the record that speaks to the nature of the relationship between Dr. McQuillan and Dr. Verbeke, beyond their formal positions. The briefing memorandum reporting on the appeals committee's recommendations stated that "[t]he Chair of the [appeals] committee [...] guided discussion of all committee members in order to reach a unanimous recommendation for each of the [...] files." These included the file relating to Dr. Oleynik's appeal.

V. The application for judicial review

[31] Dr. Oleynik, then self-represented, applied to the Federal Court for judicial review of the appeals committee's decision. His notice of application also referred to both the initial decision to deny funding, made by the adjudication committee, and the SSHRC's organization of the review of Dr. Oleynik's research projects over a nine-year period. The relief sought included an order setting aside the decisions of the appeals committee and adjudication committee and referring his application back to SSHRC for redetermination, and an order confirming that

SSHRC's organization of the review of his applications in the period 2008 to 2016 had "systemic flaws" and did not meet standards of procedural fairness.

[32] Dr. Oleynik put forward a series of grounds for this relief. They included bias and institutional bias; failure to manage the real, perceived, or potential conflicts of interest of both the adjudication committee chair, Dr. McQuillan, and the chair of the appeals committee, Dr. Verbeke, as a subordinate to Dr. McQuillan, as well as the conflict of interest of an external reviewer; and assigning to the review of Dr. Oleynik's application an external reviewer who lacked relevant expertise. Dr. Oleynik also alleged that SSHRC had breached his right to procedural fairness and natural justice by, among other things, failing to follow its published policies and procedures. Though his application materials referred to the fact that the adjudication committee had not discussed his application, the policies and procedures that he asserted had not been followed were limited to those relating to conflicts of interest and to the selection and recruitment of external assessors.

[33] As counsel for Dr. Oleynik acknowledges, the disposition of the application was challenging given, among other things, the number and nature of the grounds put forward. In dismissing the application, the Federal Court concluded that there was no breach of procedural fairness or natural justice, and that Dr. Oleynik had been afforded the opportunity to be "heard." While the Court recognized (at paras. 101, 120) that the conflict of interest allegations raised questions of procedural fairness, it found that no conflict of interest was established within the meaning of SSHRC's appeals policy. It noted (at paras. 112-113) that the appeals policy

provided for allowing an appeal only where an error occurred in the review process, and went on to state that

the “conflict of interest” defined in the SSHRC appeals policy has a specific focus. The appeal process is focused upon whether an error occurred during the review process and whether the error led to a negative funding decision. It seems to me that the “conflict of [interest]” allegation must be assessed in the context of behavior that caused an error and that such error resulted in the refusal of funding.

[34] With respect to the allegation of conflict involving Dr. McQuillan, the Court stated (at para. 115) that it was satisfied, on the basis of the evidence, that he had no involvement in the assessment of Dr. Oleynik’s application, because the application was screened out in light of its low score and was not considered by the adjudication committee. As for the allegation involving Dr. Verbeke, the Court found (at para. 121) that there was no evidence that the members of the appeals committee were improperly influenced by their professional or personal relationships.

[35] The Federal Court also rejected Dr. Oleynik’s other arguments, including that of institutional bias. It did not address Dr. Oleynik’s legitimate expectations about whether the adjudication committee would discuss his application. As noted above, Dr. Oleynik did not raise SSHRC’s failure to follow its policies and procedures in that regard as a ground for his application.

VI. The issues on appeal

[36] In his appeal to this Court, Dr. Oleynik focuses on two issues: conflict of interest relating to the roles of Dr. McQuillan and Dr. Verbeke, and SSHRC’s failure, in dealing with his

application, to proceed in accordance with his reasonable expectations as to the procedure it would follow.

[37] On the first issue, he submits that the Federal Court erred in failing to treat a conflict of interest within the meaning of the policies applied by SSHRC appeals committee as equivalent to a reasonable apprehension of bias at common law, and in requiring, in effect, that Dr. Oleynik establish not merely a reasonable apprehension of bias but actual bias that affected the scoring of his application. On the second, he submits that the Federal Court erred in failing to find that SSHRC breached procedural fairness when it did not follow its own published policies relating to assessment of applications. He relies in particular on the statement in the Manual for Adjudication Committee Members that the discussion of applications by an adjudication committee will include the entire set of applications submitted to the committee for consideration.

VII. Standard of review

[38] On appeal from a decision of the Federal Court in an application for judicial review, this Court's role is to determine whether the Federal Court identified the correct standard of review and, if it did, whether it properly applied that standard: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36 at paras. 45-47.

[39] Here, the parties agree that because the application before the Federal Court raised issues of procedural fairness, the Federal Court properly identified the standard of review that it should apply as correctness. This is consistent with the holding of this Court in *Canadian Pacific*

Railway Company v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 69 at para. 54, that judicial review for procedural fairness is “best reflected in the correctness standard.” We must therefore determine whether the Federal Court properly applied this standard.

VIII. Preliminary issue: is the appeal moot?

[40] In view of the time that has passed since the submission and consideration, in the 2015-2016 period, of Dr. Oleynik’s application for funding, the Court asked the parties following the hearing to provide written submissions addressing the question whether this appeal is moot, and if it is not moot, what practical or effective remedy is available to the Court to grant in light of factors such as the passage of time and the status of the funds for which Dr. Oleynik applied.

[41] Having reviewed the submissions, I propose that the Court proceed with the disposition of the appeal on the basis that it is not moot, and that an effective remedy (if there is entitlement to a remedy) can be granted. Counsel for the Attorney General acknowledged in her submissions that funding would still be available to Dr. Oleynik, at least “theoretically,” if he were to succeed in his appeal. The Attorney General did not lead evidence or make submissions that would support a conclusion along the lines of that discussed by the Federal Court in *Teitelbaum v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 398 at paras. 131-134. There, in somewhat similar circumstances, the Court suggested that the competitive nature of the funding process would prohibit a redetermination on directions from the Court.

[42] I therefore turn to an analysis of the issues that require consideration in this appeal.

IX. Analysis

A. *Did the Federal Court err on the issue of conflict of interest?*

[43] In considering this question, I will deal only with the claims that Dr. Oleynik continues to pursue in this Court. There are two conflict of interest claims in this category: the first relating to Dr. McQuillan's role as chair of the adjudication committee, and the second, to Dr. Verbeke's position as chair of the appeals committee.

(1) The alleged conflict of Dr. McQuillan

[44] The alleged conflict of Dr. McQuillan in his role as chair of the adjudication committee came, on its face, within the purview of the appeals committee, and was subject to SSHRC's policy on appeals of decisions made on merit review. It was also subject to the Conflict of Interest and Confidentiality Policy of the Federal Research Funding Organizations, and its definition of conflict of interest. By its terms, that policy applies to participants in the process of reviewing applications for funding and making funding decisions. As discussed above, in describing conflicts of interest SSHRC's policies use the expression "real, perceived or potential conflict of interest."

[45] I agree with Dr. Oleynik that, in applying these policies to the alleged conflict of Dr. McQuillan, the Federal Court treated the policies as requiring that the appellant establish an actual conflict of interest – one that actually affected the scoring of the appellant's application and actually resulted in the refusal of funding. This approach is reflected in the passage from paragraph 113 of the Federal Court's reasons, quoted above:

[T]he “conflict of interest” defined in the SSHRC appeals policy has a specific focus. The appeal process is focused upon whether an error occurred during the review process and whether the error led to a negative funding decision. It seems to me that the “conflict of [interest]” allegation must be assessed in the context of behavior that caused an error and that such error resulted in the refusal of funding.

[46] Dr. Oleynik submits that this interpretation was in error. He further submits that the appropriate way to address the error is for this Court to read the test for conflict of interest under the policies as equivalent to the test for reasonable apprehension of bias at common law. As Dr. Oleynik submits, the most commonly applied statement of that test was set out by Justice de Grandpré in dissent in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369 at 394, 68 D.L.R. (3d) 716:

[T]he apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information... [The test is] “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

[47] In making this submission, Dr. Oleynik relies on decisions of this Court holding that, as used in conflict of interest codes and guidelines, expressions similar to the term “perceived conflict of interest” found in the applicable policies here – “appearance of conflict of interest” and “apparent conflict of interest” – are analogous to, and call for application of the same test as, reasonable apprehension of bias: *Threader v. Canada (Treasury Board)* (1986), [1987] 1 F.C. 41 at 56-57, 68 N.R. 143 (C.A.); *Gauthier v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 75 at para. 45; see also *Sparkes v. Enterprise Newfoundland & Labrador Corp.*, 167 Nfld. & P.E.I.R. 218 at para. 46, 1998 CanLII 18005 (NL CA).

[48] However, I disagree with Dr. Oleynik that the Federal Court’s treatment of the policies was itself in error and that the appropriate solution is to apply through the policies the common law test for reasonable apprehension of bias. I do so for several reasons.

[49] First, in my view, the Federal Court’s approach to the policies is faithful to their terms. The Federal Court accurately pointed out at paragraph 113 of its reasons that the focus of the policies is on “errors” that result in negative funding decisions. There is no suggestion that this focus reflects anything other than a deliberate choice by SSHRC – a choice that, in principle, the Court should respect.

[50] Second, on the record before us it is not apparent which of the three categories referred to in the definition in the policies – real, perceived, or potential conflict of interest – the SSHRC executive vice-president, corporate affairs, concluded was made out, and the appeals committee then considered. While the executive vice-president, corporate affairs, told Dr. Oleynik that his application would be put to an appeals committee based on a “potential conflict of interest,” he also advised Dr. Oleynik that the “error” the appeals committee considered was the “real, perceived or potential conflict of interest” of the Chair (emphasis added). The memorandum setting out the briefing to be provided to the appeals committee similarly stated, as set out above, that “[t]he error that is considered to have occurred is that a real, perceived [or] potential conflict of interest existed with the Chair of the committee.” There was no specification of which of the three elements of the definition of conflict had been “considered to have occurred.” If what was in issue was only a “potential conflict of interest,” it is not clear that it could be sufficiently serious to come within the common law test for reasonable apprehension of bias.

[51] Third, at common law the ordinary consequence of a finding of reasonable apprehension of bias is that the decision under review is set aside. “It is impossible to have a fair hearing or to have procedural fairness if a reasonable apprehension of bias has been established”: Guy Régimbald, *Canadian Administrative Law*, 2nd ed. (Markham, Ontario: LexisNexis, 2015) at 425-426, citing *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643 at 661, 24 D.L.R. (4th) 44.

[52] But here, under the terms of the policies, a finding that a reasonable apprehension of bias was made out under the definition read into the policies would be of no consequence unless the appeals committee adjusted the scores in light of it so as to produce a different result. For the Court to render the position under the policies truly analogous to the common law position would therefore require further rewriting of the policies. Even if this was open to the Court – a point that we need not decide – it was not the relief sought in the Federal Court and is not the relief sought here.

[53] In my view, the more straightforward and more appropriate way for this Court to proceed is to recognize the limits of SSHRC’s policies and to apply the common law in addition, in its own right. I see Dr. Oleynik’s application and appeal material as putting in play, in relation to the role of Dr. McQuillan, compliance not only with the policies but also with the requirements of the common law of procedural fairness. Even if Dr. Oleynik’s appeal fails to the extent it relies on the policies, this Court can and should consider his further claim of a breach of common law fairness.

[54] It is axiomatic that at common law, anyone whose rights, privileges, or interests are affected by an administrative decision is, absent valid legislation to the contrary, entitled to procedural fairness: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 at para. 20, 174 D.L.R. (4th) 193; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52 at paras. 21-24. Procedural fairness includes the right to a decision made by an impartial decision-maker, free from a reasonable apprehension of bias: *Baker* at para. 45. It is through the concept of reasonable apprehension of bias that the common law of procedural fairness addresses alleged conflicts of interest.

[55] The Attorney General does not dispute that Dr. Oleynik was entitled to procedural fairness in relation to his application for funding. Nor do any statutory limits apply that would oust the application of the common law under the principle discussed in *Ocean Port* at paragraphs 21-24. As noted earlier, the policies bearing on conflicts of interest are not set out in by-laws authorized by statute; they do not have the force of law. See, by contrast, *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131 at paras. 52-55.

[56] Applying the common law, the test, again, is

[W]hat would an informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.

[57] In setting out this test in *Committee for Justice and Liberty* at 394, Justice de Grandpré was careful to state that the grounds for the apprehension must be “substantial.” He also agreed

that the test – what would a reasonable, informed person think – cannot be related to the “very sensitive or scrupulous conscience.” In other words, the threshold for a finding of a reasonable apprehension of bias is a high one, and the burden on the party seeking to establish a reasonable apprehension is correspondingly high: see *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25 at paras. 25-26.

[58] What information concerning Dr. McQuillan would the reasonable, informed person have in this case? Based on the record, that information would include information that there was hard-fought litigation between Dr. Oleynik and a member of the academic staff of the University of Calgary, where Dr. McQuillan continues to be a member of the University’s senior management team, and that this litigation ended in 2014. It would include information from Dr. Oleynik that the litigation cost the University more than \$100,000 in legal fees, and Dr. Oleynik’s surmise that Dr. McQuillan must have been aware of the litigation. It would not include, because there is nothing in the record on the subject, any information as to Dr. McQuillan’s role, if any, in managing the litigation.

[59] The information concerning Dr. McQuillan would, however, also include at least some information concerning the functioning of the adjudication committee of which he was chair, and concerning the role of the chair. This would include information that Dr. Oleynik’s application was not discussed in the committee, because it was scored too low, and that as a result Dr. McQuillan did not participate in that element of its adjudication. There would also be information as to the importance ascribed in SSHRC’s policies to the role of an adjudication committee chair in “taking on the responsibility of ensuring that the committee carries out its

work with fairness, thoroughness and integrity, while ensuring that SSHRC’s policies and procedures are observed.” There would be information in addition concerning the duties that the chair is to discharge, including the approval of the spreadsheet and the final scores. But again, there is nothing in the record to shed light on what this approval entailed – whether, for example, it was a pure formality – or even on whether Dr. McQuillan actually provided his approval.

[60] Finally, the information known to the informed person would include information that SSHRC’s executive vice-president, corporate affairs, had apparently concluded that a conflict of interest, as defined in the applicable policies, was made out, and therefore referred the matter to an appeals committee. But as already noted, the record does not clarify which element or elements of the definition of conflict of interest the executive vice-president, corporate affairs, considered, and there is also nothing in the record concerning the basis for his conclusion. It does not seem appropriate, therefore, to ascribe any specific knowledge on this point to the informed person.

[61] As the Court of Appeal for Ontario has observed, determining whether a reasonable apprehension of bias exists is “highly dependent on the factual circumstances. This is particularly true with respect to administrative tribunals which are based on unique statutory schemes and normative contexts”: *Austin v. Ontario Racing Commission*, 2007 ONCA 587 at para. 37.

[62] Here, reflecting on what, objectively, a reasonable, informed person would think, particularly given the limits of Dr. McQuillan’s role in the merit review process and the

information gaps in the record before the Court, I conclude that Dr. Oleynik has not met his burden of establishing a reasonable apprehension of bias in relation to the role of Dr. McQuillan.

(2) The alleged conflict of Dr. Verbeke

[63] To repeat, this alleged conflict relates to the composition of the appeals committee itself, and Dr. Verbeke's position as its chair. It is therefore not a conflict that is subject to the SSHRC appeals process, because that process applies only to alleged errors that occur during the process of merit review. Nor does the definition of conflict of interest in the Federal Research Funding Organizations policy appear to apply, since that policy, as already mentioned, applies only to participants in the process of funding review. In my view, therefore, the alleged conflict relating to Dr. Verbeke is reviewable solely under the common law of procedural fairness.

[64] The Federal Court dismissed this claim (at para. 121 of its reasons) on the basis that Dr. Verbeke's role did not deprive Dr. Oleynik of the opportunity to be "heard," and that there was "no evidence that the Members of the Appeal Committee were improperly influenced by their professional or personal relationships."

[65] I agree with Dr. Oleynik that this conclusion, too, appears directed to whether there was actual bias rather than a reasonable apprehension of bias. In this context, as in relation to Dr. McQuillan's position at common law, the relevant question is instead

[W]hat would an informed person, viewing the matter realistically and practically – and having thought the matter through – conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.

[66] Applying this test, I would not give effect to the ground of appeal challenging Dr. Verbeke's role as chair of the appeals committee.

[67] In his submissions on this point, Dr. Oleynik relies on the case law holding that a reasonable apprehension of bias may arise from the relationship between a subordinate and a superior: see, for example, *Lee v. Canada (Deputy Commissioner, Correctional Service, Pacific Region)*, [1994] 3 F.C. 629 at 643, 1994 CanLII 3500 (F.C.); *Cheney v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1590 at paras. 27, 29, 35.

[68] But all that the record here discloses about the relationship between Dr. Verbeke and Dr. McQuillan is that the former is a member of the teaching faculty of the University of Calgary and the latter is Deputy Provost, a senior management position. There is nothing that fleshes out the nature of their relationship or establishes that it is truly one of subordinate to superior, in any meaningful sense. In my view, a reasonable person would need to know more before he or she could conclude that the relationship gives rise to a reasonable apprehension of bias.

B. *Did the Federal Court err on the issue of legitimate expectations?*

[69] As discussed above, Dr. Oleynik's argument in this Court on legitimate expectations is directed to his expectation that, consistent with the statement at the relevant time in SSHRC's Manual for Adjudication Committee Members, the adjudication committee that considered his application would discuss "the entire set of applications submitted to the committee for consideration," including his. As also discussed above, this did not occur: the score assigned to

his application fell below the threshold adopted by the committee to identify applications warranting discussion.

[70] In my view, it would not be appropriate for this Court to consider this ground of appeal. It was not a ground raised either with the appeals committee or before the Federal Court. There is, accordingly, no decision on the issue for this Court to review on appeal.

[71] As a general rule, a court will not consider an issue on judicial review where the issue could have been but was not raised before the administrative decision-maker: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61 at paras. 21-26; *Canada (Attorney General) v. Valcom Consulting Group Inc.*, 2019 FCA 1 at para. 36. The reasons for the rule include the risk of prejudice to the responding party, and the potential to deny the reviewing court an adequate evidentiary record: *Alberta Teachers'* at paras. 24-26.

[72] Similarly, an appellate court will ordinarily not consider on appeal an issue that was not raised in the court of first instance. The rationales for this rule also include the concern that the factual record bearing on the issue will not be complete, as well as the concern that the appellate court will not have the benefit of the views on the issue of the court from which the appeal is taken: *Eli Lilly Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2018 FCA 53 at paras. 44-45, leave to appeal to S.C.C. refused, [2018] 3 S.C.R. vi.

[73] I agree with counsel for the Attorney General that this Court should not now consider the issue of Dr. Oleynik’s legitimate expectations concerning the adjudication committee’s discussion of his application. This issue could have been raised in his SSHRC appeal, even given the two-page limit. As Dr. Oleynik was aware, departures from SSHRC’s policies and procedures are appealable errors under SSHRC’s policies governing appeals. If this issue had been raised, its disposition by the appeals committee would then be part of the evidentiary record. The issue could then have been raised in, and reflected in the record before, the Federal Court, which could then have addressed it. While self-represented parties may sometimes be given leeway in meeting the requirements for the proper constitution of an application for judicial review, Dr. Oleynik, as his materials disclose, is not an inexperienced litigant.

[74] For these reasons, I would not consider further the ground of appeal relating to legitimate expectations.

X. Proposed disposition

[75] I would dismiss the appeal with costs.

“J.B. Laskin”

J.A.

“I agree.
Donald J. Rennie J.A.”

“I agree.
Judith Woods J.A.”

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-309-18

**(APPEAL FROM A JUDGMENT OF THE HONOURABLE JUSTICE HENEGHAN
DATED JULY 13, 2018, DOCKET NUMBER: T-1917-16)**

STYLE OF CAUSE: ANTON OLEYNIK v. ATTORNEY
GENERAL OF CANADA

PLACE OF HEARING: OTTAWA, ONTARIO

DATE OF HEARING: SEPTEMBER 4, 2019

REASONS FOR JUDGMENT BY: LASKIN J.A.

CONCURRED IN BY: RENNIE J.A.
WOODS J.A.

DATED: JANUARY 10, 2020

APPEARANCES:

Paul Champ
Bijon Roy

FOR THE APPELLANT

Laura Rhodes

FOR THE RESPONDENT

SOLICITORS OF RECORD:

Champ & Associates
Ottawa, Ontario

FOR THE APPELLANT

Nathalie G. Drouin
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE RESPONDENT

TAB 21

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20170829

Docket: A-186-15

Citation: 2017 FCA 173

CORAM: WEBB J.A.
DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

BETWEEN:

PRUDENTIAL STEEL ULC and
ALGOMA TUBES INC.

Applicants

and

BORUSAN MANNESMANN BORU SANAYI VE TICARET
A.S., CHUNG HUNG STEEL CORPORATION, ENERGEX
TUBE, EVRAZ INC. NA CANADA, GVN FUELS
LIMITED/MAHARASHTRA SEAMLESS LTD., HLD
CLARK STEEL PIPE CO., INC., HYUNDAI HYSKO CO.,
LTD., IMCO INTERNATIONAL INC., JINDAL SAW
LIMITED, PANMERIDIAN TUBULAR (USA), SEAH STEEL
CORPORATION, TENSION STEEL INDUSTRIES CO.,
LTD., THAI OIL PIPE CO., LTD., WELDED TUBE OF
CANADA CORP. and the ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

Respondents

Heard at Ottawa, Ontario, on January 24, 2017.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on August 29, 2017.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

WEBB J.A.

CONCURRED IN BY:

DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20170829

Docket: A-186-15

Citation: 2017 FCA 173

CORAM: WEBB J.A.
DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

BETWEEN:

PRUDENTIAL STEEL ULC and
ALGOMA TUBES INC.

Applicants

and

BORUSAN MANNESMANN BORU SANAYI VE TICARET
A.S., CHUNG HUNG STEEL CORPORATION, ENERGEX
TUBE, EVRAZ INC. NA CANADA, GVN FUELS
LIMITED/MAHARASHTRA SEAMLESS LTD., HLD
CLARK STEEL PIPE CO., INC., HYUNDAI HYSCO CO.,
LTD., IMCO INTERNATIONAL INC., JINDAL SAW
LIMITED, PANMERIDIAN TUBULAR (USA), SEAH STEEL
CORPORATION, TENSION STEEL INDUSTRIES CO.,
LTD., THAI OIL PIPE CO., LTD., WELDED TUBE OF
CANADA CORP. and the ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

WEBB J.A.

[1] Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. brought this application for judicial review under paragraph 96.1(1)(a) of the *Special Import Measures Act*, R.S.C. 1985, c. S-15 (SIMA) in relation to the Final Determinations of Dumping and Subsidizing Respecting Certain Oil Country

Tubular Goods from Chinese Taipei, The Republic of India, The Republic of Indonesia, The Republic of the Philippines, The Republic of Korea, The Kingdom of Thailand, The Republic of Turkey, Ukraine, and The Socialist Republic of Vietnam dated March 3, 2015 (Case number AD/1404 and file number 4214-43) (the Final Determination).

[2] Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. are Canadian producers of oil country tubular goods. They are in the unusual position of being the applicants in this judicial review related to the Final Determination and also the respondents in relation to the judicial review application of SeAH Steel Corporation in relation to the Final Determination (A-178-15, 2017 FCA 172). The applications were consolidated by an Order dated April 13, 2016.

[3] Although these applications were consolidated separate reasons will be issued for each application as the arguments and the parties are different with Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. being applicants in this application and respondents in the other application.

[4] Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc., in their application for judicial review, state that the application is for judicial review of the Final Determination “published March 3, 2015” and that the “Application is being brought pursuant to section 96.1 (a) [sic] of the *Special Import Measures Act*”. Presumably the reference to section 96.1 (a) of SIMA should be to paragraph 96.1(1)(a) of SIMA.

[5] While Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. clearly state in their application for judicial review and in the first and last paragraphs of their memorandum of fact and law that this

application is related to the final determination dated March 3, 2015 a copy of the decision dated March 3, 2015 was not included by these parties in their application record. Instead Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. included the statement of reasons dated two weeks later on March 18, 2015. It is also clear from their memorandum of fact and law that the issue that is raised in this application for judicial review relates to one paragraph of the statement of reasons – paragraph 45:

[45] Generally, where a green tube undergoes full heat-treatment such that the pipe is upgraded to a higher strength casing or tubing and is end-finished and tested to API specifications in a given country, the CBSA will determine the product to be originating in that country for SIMA purposes.

I. Issue

[6] The first issue that must be determined in relation to this judicial review application is whether or not this Court has the jurisdiction to hear this matter.

II. Analysis

[7] This Court is a statutory court and derives its jurisdiction from the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, and any other applicable statute. This Court only has the jurisdiction granted to it by statute (*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 33). Although the Supreme Court of Canada in *Windsor* was referring to the Federal Court, the comments would be equally applicable to this Court which was created by the same statute.

[8] Subsection 28 (1) of the *Federal Courts Act* grants this Court the jurisdiction to hear and determine applications for judicial review made in respect of several federal boards, commissions or other tribunals that are listed in paragraphs (a) to (r), inclusive, of subsection 28(1). However, the President of the CBSA is not included in this list and, therefore, no jurisdiction is granted under subsection 28(1) of the *Federal Courts Act* to hear this application for judicial review.

[9] If this Court is to have jurisdiction to hear and determine this application for judicial review, the jurisdiction must be found elsewhere. In their notice of application for judicial review Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. state that this application is being made pursuant to paragraph 96.1 (1) (a) of SIMA. This paragraph provides as follows:

96.1 (1) Subject to section 77.012 or 77.12, an application may be made to the Federal Court of Appeal to review and set aside

(a) a final determination of the President under paragraph 41(1)(a);

96.1 (1) Sous réserve des articles 77.012 et 77.12, une demande de révision et d'annulation peut être présentée à la Cour d'appel fédérale relativement aux décisions, ordonnances ou conclusions suivantes:

a) la décision définitive rendue par le président au titre de l'alinéa 41(1)a);

[10] The jurisdiction that has been granted to this Court under this paragraph is narrow. Jurisdiction is only granted on applications to “review and set aside” a final determination of the President under paragraph 41(1)(a) of SIMA (*Franke Kindred Canada Ltd. v. Gacor Kitchenware (Ningbo) Co. Ltd., et al.*, 2012 FCA 316, [2012] F.C.J. No. 1525).

[11] Paragraph 41(1)(a) of SIMA provides that:

41(1) Within ninety days after making a preliminary determination under subsection 38(1) in respect of goods of a country or countries, the President shall

(a) if, on the available evidence, the President is satisfied, in relation to the goods of that country or countries in respect of which the investigation is made, that

(i) the goods have been dumped or subsidized, and

(ii) the margin of dumping of, or the amount of subsidy on, the goods of that country or of any of those countries is not insignificant,

make a final determination of dumping or subsidizing with respect to the goods after specifying, in relation to each exporter of goods of that country or countries in respect of which the investigation is made as follows:

(iii) in the case of dumped goods, specifying the goods to which the determination applies and the margin of dumping of the goods, and

(iv) in the case of subsidized goods,

(A) specifying the goods to which the determination applies,

41(1) Dans les quatre-vingt-dix jours suivant sa décision rendue en vertu du paragraphe 38(1) au sujet de marchandises d'un ou de plusieurs pays, le président, selon le cas :

a) si, au vu des éléments de preuve disponibles, il est convaincu, au sujet des marchandises visées par l'enquête, des faits suivants :

(i) les marchandises ont été sous-évaluées ou subventionnées,

(ii) la marge de dumping ou le montant de subvention octroyé, relativement aux marchandises d'un ou de plusieurs de ces pays, n'est pas minimal,

rend une décision définitive de dumping ou de subventionnement après avoir précisé, pour chacun des exportateurs — visés par l'enquête — des marchandises d'un ou de plusieurs de ces pays :

(iii) dans le cas de marchandises sous-évaluées, les marchandises objet de la décision et leur marge de dumping,

(iv) dans le cas de marchandises subventionnées :

(A) les marchandises objet de la décision,

(B) specifying the amount of subsidy on the goods, and

(B) le montant de subvention octroyée pour elles,

(C) subject to subsection (2), where the whole or any part of the subsidy on the goods is a prohibited subsidy, specifying the amount of the prohibited subsidy on the goods; [...]

(C) sous réserve du paragraphe (2), le montant, s'il y a lieu, de la subvention prohibée octroyée pour elles; [...]

(emphasis added)

(soulignement ajouté)

[12] The determination that is made under this paragraph 41(1)(a) of SIMA is a determination that the goods of a certain country have been dumped. The impugned paragraph of the reasons is not a determination of whether certain goods have been dumped but rather is a general opinion in relation to the determination of the country of origin of certain goods that have been heat-treated and end-finished in another country. There is nothing to suggest, nor do Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. suggest, that if this paragraph were to be deleted or changed it could or would affect the Final Determination.

[13] The only remedies that Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. seek in relation to the Final Determination in their notice of application are:

- a) An Order declaring that in making the Determination, the CBSA breached the rules of procedural fairness, and/or erred in jurisdiction, in law and/or on issues of mixed fact and law;
- b) An Order referring the Determination back to the CBSA with directions as required by the Court's findings in respect of these submissions [...]

[14] In their memorandum of fact and law Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. modified their request for a remedy and indicate that they are seeking the following order:

84. The Applicants respectfully request that this Honourable Court remand the Decision of the CBSA dated March 3, 2015,

- (i) with instructions to apply subsection 30(2) of *SIMA* to all subject goods originating in or exported from a country subject of the CBSA investigation, regardless whether they have been further processed by heat-treatment in a non-subject country [...]

[15] The remedies that this Court may grant in relation to an application for judicial review brought under paragraph 96.1(1)(a) of *SIMA* are set out in subsection 96.1(6) of *SIMA*:

(6) On an application under this section, the Federal Court of Appeal may dismiss the application, set aside the final determination, decision, order or finding, or set aside the final determination, decision, order or finding and refer the matter back to the President or the Tribunal, as the case may be, for determination in accordance with such directions as it considers appropriate.

(6) La cour peut soit rejeter la demande, soit annuler la décision, l'ordonnance ou les conclusions avec ou sans renvoi de l'affaire au président ou au Tribunal, selon le cas, pour qu'il y donne suite selon les instructions qu'elle juge indiquées.

[16] The remedies that this Court may grant are consistent with the right granted to this Court to hear and determine applications for judicial review under paragraph 96.1(1)(a) of *SIMA*. This Court can only dismiss the application or set aside the Final Determination. If the Final Determination is set aside this Court can refer the matter back to the President with directions but only if the Final Determination is set aside. There is no authority granted to this Court to “remand” a final determination to address comments made in the reasons that would not impact the Final Determination but which may impact the determination of the country of origin of certain goods.

[17] As a result this Court does not have the jurisdiction to address the judicial review application brought by Prudential Steel ULC and Algoma Tubes Inc. and I would dismiss this application with costs.

“Wyman W. Webb”

J.A.

“I agree
Yves de Montigny J.A.”

“I agree
J. Woods J.A.”

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

APPLICATION FOR JUDICIAL REVIEW OF A FINAL DETERMINATION OF DUMPING ON CERTAIN OIL COUNTRY TUBULAR GOODS BY THE PRESIDENT OF THE CANADA BORDER SERVICES AGENCY, CASE NO. AD/1404, FILE NO. 4214-43, MARCH 3, 2015

DOCKET: A-186-15
STYLE OF CAUSE: SEAH STEEL CORPORATION v. EVRAZ INC. NA CANADA, et al
PLACE OF HEARING: OTTAWA, ONTARIO
DATE OF HEARING: JANUARY 24, 2017
REASONS FOR JUDGMENT BY: WEBB J.A.
CONCURRED IN BY: DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.
DATED: AUGUST 29, 2017

APPEARANCES:

Geoffrey C. Kubrick	FOR THE APPLICANTS
Christopher McLeod Andrew M. Lanouette	FOR THE RESPONDENT EVRAZ INC. NA CANADA
Golsa Ghamari	FOR THE RESPONDENT JINDAL SAW LIMITED
Vincent Routhier	FOR THE RESPONDENT SEAH STEEL CORPORATION
Andrew Gibbs Sanam Goudarzi	FOR THE RESPONDENT THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

SOLICITORS OF RECORD:

McMillan LLP
Ottawa, Ontario

Bazan Law
Toronto, Ontario

Cassidy Levy Kent (Canada) LLP
Ottawa, Ontario

Golsa Ghamari Professional Corporation
Ottawa, Ontario

DS Lawyers Canada LLP
Montreal, Quebec

Nathalie G. Drouin
Deputy Attorney General of Canada

FOR THE APPLICANTS

FOR THE RESPONDENTS
BORUSAN MANNESMANN
BORU SANAYI VE TICARET A.S.
AND IMCO INTERNATIONAL
INC.

FOR THE RESPONDENT
EVRAZ INC. NA CANADA

FOR THE RESPONDENT
JINDAL SAW LIMITED

FOR THE RESPONDENTS
PANMERIDIAN TUBULAR (USA)
AND SEAH STEEL
CORPORATION

FOR THE RESPONDENT
THE ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

TAB 22

Sawridge Band v. Canada, 2004 FCA 16 (CanLII), [2004] 3 FCR 274

Date: 2004-01-19
 File number: A-170-03
 Other citations: 316 NR 332 — [2004] 2 CNLR 316 — [2004] FCJ No 77 (QL)
 Citation: Sawridge Band v. Canada, 2004 FCA 16 (CanLII), [2004] 3 FCR 274, <<http://canlii.ca/t/1g8b9>>

A-170-03

2004 FCA 16

Bertha L'Hirondelle, suing on her own behalf and on behalf of all other members of the Sawridge Band (Plaintiffs) (Appellants)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant) (Respondent)

and

Native Council of Canada, Native Council of Canada (Alberta), Native Women's Association of Canada and Non-Status Indian Association of Alberta (Interveners) (Respondents)

Indexed as: Sawridge Band v. Canada (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone JJ.A.--Calgary, December 15 and 16, 2003; Ottawa, January 19, 2004.

Native Peoples -- Registration -- Appellants opposing requirement to enter on Sawridge Band List names of 11 individuals, to accord them rights, privileges attaching to Band membership -- Bill C-31 granting certain persons whose names omitted, deleted from Indian Register prior to April 17, 1985 entitlement to status under Indian Act -- [Indian Act, s. 10\(4\), \(5\)](#) must be interpreted in accordance with modern approach -- Act, s. 11(1)(c) granting appellants automatic entitlement to membership in Sawridge Band -- Requiring such acquired rights individuals to comply with Sawridge Band membership code in contravention of Act.

Administrative Law -- Judicial Review -- Injunctions -- Trial Judge granting mandatory interlocutory injunction sought by Crown, requiring appellants to register names of 11 individuals on Sawridge Band List -- Making determination of law as condition precedent to granting of interlocutory injunction -- Such determination appropriate -- Where substantive question of law at issue, applicable standard of review correctness -- Three-part test for granting interlocutory injunction met -- First part, serious issue to be tried, applies to interlocutory injunction applications whether mandatory or prohibitory.

Constitutional Law -- Aboriginal and Treaty Rights -- Appellants submitting provisions of Bill C-31 conferring entitlement to Band membership inconsistent with Constitution Act, 1982, s. 35, therefore of no force, effect -- Legislation must be complied with until found to be unconstitutional -- Clear public interest in seeing legislation obeyed until application stayed by Court order, legislation set aside on final judgment.

Construction of Statutes -- Interpretation of Indian Act, s. 10(4), (5) -- All legislation must be read in context -- Trial Judge correctly interpreted s. 10(4), (5) in accordance with modern approach -- Act creating automatic entitlement to membership unless acquired rights individuals subsequently lose entitlement.

Practice -- Parties -- Standing -- Whether Crown lacked standing, has not met test for seeking interlocutory injunctive relief -- Crown having standing to seek injunctions to ensure public bodies, such as Indian band council, follow law.

This was an appeal from a Trial Judge's order granting a mandatory interlocutory injunction sought by the Crown, requiring the appellants to register the names of 11 individuals on the Sawridge Band List and to accord them all the rights and privileges attaching to Band membership. In an action commenced on January 15, 1986, the appellants sought a declaration that the provisions of Bill C-31 (*An Act to amend the Indian Act*) that confer an entitlement to Band membership are inconsistent with [section 35](#) of the *Constitution Act, 1982*, and are therefore of no force and effect. Bill C-31 granted certain persons whose names were omitted or deleted from the Indian Register by the Minister of Indian and Northern Affairs prior to April 17, 1985, entitlement to status under the *Indian Act*. By notice of motion, the Crown applied for an interlocutory mandatory injunction requiring the Sawridge Band to comply with the provisions of the Act unless and until they are determined to be unconstitutional. By order dated March 27, 2003, Hugessen J. granted the requested injunction. In appealing the order of Hugessen J., the appellants raised two issues: (1) whether the Band's membership application process complied with the requirements of the Act, and (2) whether the Crown had standing and had met the test for granting interlocutory injunctive relief.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) The Crown's notice of motion for a mandatory interlocutory injunction was based on the appellants' refusal to comply with the legislation pending determination of whether the legislation was constitutional. It was agreed that the interpretation of the legislation and whether or not the appellants were in compliance with it was relevant to this litigation. Courts do not normally make determinations of law as a condition precedent to the granting of an interlocutory injunction, but that is what occurred here. It was appropriate for Hugessen J. to have made a preliminary determination of law that was final and conclusive for purposes of the action, subject to being varied on appeal.

Where a substantive question of law is at issue, even if it is decided by a case management judge, the applicable standard of review will be correctness. Hugessen J. was not satisfied that [subsections 10\(4\)](#) and [\(5\)](#) of the *Indian Act* are as clear and unambiguous as the appellants suggested. He correctly interpreted these provisions in accordance with the modern approach to statutory construction which states that the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. The term "acquired rights" which appears as a marginal note beside [subsection 10\(4\)](#) is a convenient "shorthand" to identify those individuals who, by reason of paragraph 11(1)(c) of the Act, became entitled to automatic membership in the Indian Band with which they were connected. The instant [paragraph 11\(1\)\(c\)](#) came into force, i.e. April 17, 1985, these individuals were entitled to have their names entered on the membership list of their Band. The words "by reason only of" in [subsection 10\(4\)](#) could allow a band to create restrictions on continued membership for situations that arose or actions taken after the membership code came into effect. However, the code cannot operate to deny membership to those individuals who come within [paragraph 11\(1\)\(c\)](#). There is no automatic membership in a band, but there is an automatic entitlement to membership. The words "commencing on April 17, 1985" only indicate that [subsection 11\(1\)](#) was not retroactive to before April 17, 1985. As of that date, the individuals in question acquired an automatic entitlement to membership in the Sawridge Band. For these persons entitled to membership, a simple request to be included in the Band's membership list is all that is required. The fact that the individuals in question did not complete a Sawridge Band membership application is irrelevant. Requiring acquired rights individuals to comply with the Sawridge Band membership code, in which preconditions had been created to membership, was in contravention of the Act.

(2) The Crown was seeking an injunction, not only on behalf of the individuals denied the benefits of a validly enacted legislation, but on behalf of the public interest in having the laws of Canada obeyed. It has traditionally had standing to seek injunctions to ensure that public bodies, such as an Indian band council, follow the law. Having regard to the Crown's standing at common law, statutory authority is unnecessary. Hugessen J. correctly found that the Crown had standing to seek the injunction. Moreover, the Crown was seeking essentially the same relief on the injunction application as in the main action. Further, section 44 of the *Federal Courts Act* confers a very broad jurisdiction on the Federal Court, even to granting an injunction where it is not being asked to grant final relief. That being so, the Court surely has jurisdiction to grant an injunction where it will itself make a final determination on an interconnected issue. The requested injunction was therefore sufficiently connected to the final relief claimed by the Crown.

The test for granting an interlocutory injunction, as adopted by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*; and *RJR--MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, is threefold. First, there must be a serious question to be tried. Such test should be applied to an interlocutory injunction application,

whether it is prohibitory or mandatory. The Crown's argument that Bill C-31 is constitutional was neither frivolous nor vexatious. There was, therefore, a serious question to be tried. Second, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Ordinarily the public interest would only be considered in the third branch of the test, but since the government was the applicant in this motion for interlocutory relief, the public interest had to be considered in the second stage as well. Allowing the appellants to ignore the requirements of the Act would irreparably harm the public interest in seeing that the law is obeyed. Until a law is struck down as unconstitutional or an interim constitutional exemption is granted by a court of competent jurisdiction, citizens and organizations must obey it. Further the individuals who have been denied Band membership are aging and may never benefit from amendments adopted to redress their discriminatory exclusion. The public interest in preventing discrimination by public bodies will be irreparably harmed if the requested injunction is denied and the appellants are able to continue to ignore their obligations under Bill C-31, pending a determination of its constitutionality. The appellants argued that there could not be irreparable harm because the Crown would not have waited 16 years after the commencement of the action to seek an injunction. The question of whether delay in bringing an injunction application is fatal is a matter of discretion for the motions judge. There was no suggestion that Hugessen J. did not act judicially in the exercise of his discretion. The third branch of the test is the balance of convenience. In the *Metropolitan Stores* case, it was held that interlocutory injunctions should not be granted in public law cases, "unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry". In this case, the public interest in seeing that laws are obeyed and that prior discrimination is remedied weighs in favour of granting the injunction requested by the Crown. There is a clear public interest in seeing that legislation is obeyed until its application is stayed by court order or the legislation is set aside on final judgment. On the other hand, the Sawridge Band will suffer little or no damage by admitting nine elderly ladies and one gentleman to membership. Therefore, the balance of convenience favoured granting the injunction.

statutes and regulations judicially

considered

An Act to amend the Indian Act, R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 44 (as am. *idem*, s. 41).

Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 220, 369.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 10(4) (as am. *idem*), (5) (as am. *idem*), 11(1)(c) (as am. *idem*), 12.

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 14.

cases judicially considered

applied:

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., 1987 CanLII 79 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 110; (1987), 38 D.L.R. (4th) 321; [1987] 3 W.W.R. 1; 46 Man. R. (2d) 241; 25 Admin. L.R. 20; 87 CLLC 14,015; 18 C.P.C. (2d) 273; 73 N.R. 341; *RJR -- MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, 1994 CanLII 117 (SCC), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54 C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241.

considered:

Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net, 1998 CanLII 818 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 50 C.R.R. (2d) 189; 224 N.R. 241; *Relais Nordik Inc. v. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (F.C.T.D.); *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. v. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340; 36 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Patriquen v. Canada (Correctional Services)* (2003), 2003 FC 927 (CanLII), 238 F.T.R. 153 (F.C.).

referred to:

Sawridge Band v. Canada, 2001 FCA 338 (CanLII), [2002] 2 F.C. 346; (2001), 2001 FCA 347 (CanLII), 213 F.T.R. 57; 283 N.R. 107 (C.A.); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), 1997 CanLII 12182 (ON SC), 36 O.R. (3d) 367; 44 O.T.C. 274 (Gen. Div.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. No. 2971 (Gen. Div.) (QL); *493680 Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. No. 4776 (Gen. Div.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. No. 2317 (Sup. Ct.) (QL); *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 1983 CanLII 1748 (ON SC), 42 O.R. (2d) 659; 150 D.L.R. (3d) 59 (H.C.); *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, 2002 FCA 417 (CanLII), [2003] 2 F.C. 451; (2002), 22 C.P.R. (4th) 177; 297 N.R. 135 (C.A.).

authors cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf ed., Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998.

APPEAL from a Trial Division decision (*Sawridge Band v. Canada*, 2003 FCT 347 (CanLII), [2003] 4 F.C. 748; [2003] 3 C.N.L.R. 344; (2003), 232 F.T.R. 54) granting a mandatory interlocutory injunction sought by the Crown, requiring the appellants to enter on the Sawridge Band List the names of 11 individuals and to accord them all the rights and privileges attaching to Band membership. Appeal dismissed.

appearances:

Martin J. Henderson and *Catherine M. Twinn* for plaintiffs (appellants).

E. James Kindrake and *Kathleen Kohlman* for defendant (respondent).

Kenneth S. Purchase for intervener Native Council of Canada.

P. Jonathan Faulds, Q.C. for intervener Native Council of Canada (Alberta).

Mary Eberts for intervener Native Women's Association of Canada.

Michael J. Donaldson for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

solicitors of record:

Aird & Berlis LLP, Toronto and *Twinn Barristers and Solicitors*, Slave Lake, Alberta, for plaintiffs (appellants).

Deputy Attorney General of Canada for defendant (respondent).

Lang Michener LLP, Ottawa, for intervener Native Council of Canada.

Field LLP, Edmonton, for intervener Native Council of Canada (Alberta).

Eberts Symes Street Pinto & Jull, Toronto, for intervener Native Women's Association of Canada.

Burnet, Duckworth & Palmer LLP, Calgary, for intervener Non-Status Indian Association of Alberta.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1]Rothstein J.A.: By order dated March 27, 2003 [2003 FCT 347 (CanLII), [2003] 4 F.C. 748], Hugessen J. of the Trial Division (as it then was) granted a mandatory interlocutory injunction sought by the Crown, requiring the appellants to enter or register on the Sawridge Band List the names of 11 individuals who, he found, had acquired the right to be members of the Sawridge Band before it took control of its Band List on July 8, 1985, and to accord the 11 individuals all the rights and privileges attaching to Band membership. The appellants now appeal that order.

HISTORY

[2]The background to this appeal may be briefly stated. *An Act to amend the Indian Act*, R.S.C., 1985, (1st Supp.), c. 32 (Bill C-31), was given Royal Assent on June 28, 1985. However, the relevant provisions of Bill C-31 were made retroactive to April 17, 1985, the date on which section 15, the equality guarantee, of the *Canadian Charter of*

Rights and Freedoms [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the *Charter*) came into force.

[3] Among other things, Bill C-31 granted certain persons an entitlement to status under the *Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5* (the *Act*), and, arguably, entitlement to membership in an Indian Band. These persons included those whose names were omitted or deleted from the Indian Register by the Minister of Indian and Northern Affairs prior to April 17, 1985, in accordance with certain provisions of the *Act* as they read prior to that date. The disqualified persons included an Indian woman who married a man who was not registered as an Indian as well as certain other persons disqualified by provisions that Parliament considered to be discriminatory on account of gender. The former provisions read [section 12]:

12. (1) The following persons are not entitled to be registered, namely,

(a) a person who

...

(iii) is enfranchised, or

(iv) is born of a marriage entered into after September 4, 1951 and has attained the age of twenty-one years, whose mother and whose father's mother are not persons described in paragraph 11(1)(a), (b) or (d) or entitled to be registered by virtue of paragraph 11(1)(e),

unless, being a woman, that person is the wife or widow of a person described in section 11; and

(b) a woman who married a person who is not an Indian, unless that woman is subsequently the wife or widow of a person described in section 11.

(2) The addition to a Band List of the name of an illegitimate child described in paragraph 11(1)(e) may be protested at any time within twelve months after the addition, and if on the protest it is decided that the father of the child was not an Indian, the child is not entitled to be registered under that paragraph.

[4] Bill C-31 repealed these disqualifications and enacted the following provisions to allow those who had been stripped of their status to regain it [sections 6 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 11 (as am. *idem*)]:

6. (1) Subject to section 7, a person is entitled to be registered if

...

(c) the name of that person was omitted or deleted from the Indian Register, or from a band list prior to September 4, 1951, under subparagraph 12(1)(a)(iv), paragraph 12(1)(b) or subsection 12(2) or under subparagraph 12(1)(a)

(iii) pursuant to an order made under subsection 109(2), as each provision read immediately prior to April 17, 1985, or under any former provision of this *Act* relating to the same subject-matter as any of those provisions;

...

11. (1) Commencing on April 17, 1985, a person is entitled to have his name entered in a Band List maintained in the Department for a band if

...

(c) that person is entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in that paragraph;

[5] By an action originally commenced on January 15, 1986, the appellants claim a declaration that the provisions of Bill C-31 that confer an entitlement to Band membership are inconsistent with section 35 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and are, therefore, of no force and effect. The appellants say that an Indian Band's right to control its own membership is a constitutionally protected Aboriginal and treaty right and that legislation requiring a Band to admit persons to membership is therefore unconstitutional.

[6] This litigation is now in its 18th year. By notice of motion dated November 1, 2002, the Crown applied for:

. . . an interlocutory mandatory injunction, pending a final resolution of the Plaintiffs' action, requiring the Plaintiffs to enter or register on the Sawridge Band List the names of the individuals who acquired the right to be members of the Sawridge Band before it took control of its Band list, with the full rights and privileges enjoyed by all band members.

[7]The basis of the Crown's application was that until legislation is found to be unconstitutional, it must be complied with. The mandatory injunction application was brought to require the Band to comply with the provisions of the [Act](#) unless and until they are determined to be unconstitutional. By order dated March 27, 2003, Hugessen J. granted the requested injunction.

[8]This Court was advised that, in order for the Band to comply with the order of Hugessen J., the 11 individuals in question were entered on the Sawridge Band List. Nonetheless, the appellants submit that Hugessen J.'s order was made in error and should be quashed.

ISSUES

[9]In appealing the order of Hugessen J., the appellants raise the following issues:

1. Does the Band's membership application process comply with the requirements of the [Act](#)?
2. Even if the Band has not complied with the [Act](#), did Hugessen J. err in granting a mandatory interlocutory injunction because the Crown lacks standing and has not met the test for granting interlocutory injunctive relief?

APPELLANTS' SUBMISSIONS

[10]The appellants say that the Band's membership code has been in effect since July 8, 1985 and that any person who wishes to become a member of the Band must apply for membership and satisfy the requirements of the membership code. They say that the 11 individuals in question have never applied for membership. As a result, there has been no refusal to admit them. The appellants submit that the code's requirement that all applicants for membership go through the application process is in accordance with the provisions of the [Act](#). Because the Band is complying with the [Act](#), there is no basis for granting a mandatory interlocutory injunction.

[11]Even if the Band has not complied with the [Act](#), the appellants say that Hugessen J. erred in granting a mandatory interlocutory injunction because the Crown has no standing to seek such an injunction. The appellants argue that there is no *lis* between the beneficiaries of the injunction and the appellants. The Crown has no interest or, at least, no sufficient legal interest in the remedy. Further, the Crown has not brought a proceeding seeking final relief of the nature sought in the mandatory interlocutory injunction application. In the absence of such a proceeding, the Court is without jurisdiction to grant a mandatory interlocutory injunction. Further, there is no statutory authority for the Crown to seek the relief in question. The appellants also argue that the Crown has not met the three-part test for the granting of an interlocutory injunction.

ARE THE APPELLANTS COMPLYING WITH THE *INDIAN ACT*?

The Appropriateness of Deciding a Legal Question in the Course of an Interlocutory Injunction Application

[12]The question of whether the Sawridge Band membership code and application process are in compliance with the [Act](#) appears to have been first raised by the appellants in response to the Crown's injunction application. Indeed, the appellants' fresh as amended statement of claim would seem to acknowledge that, at least when it was drafted, the appellants were of the view that certain individuals could be entitled to membership in an Indian Band without the consent of the Band. Paragraph 22 of the fresh as amended statement of claim states in part:

The plaintiffs state that with the enactment of the Amendments, Parliament attempted unilaterally to require the First Nations to admit certain persons to membership. The Amendments granted individual membership rights in each of the First Nations without their consent, and indeed over their objection.

[13]There is nothing in the appellants' fresh as amended statement of claim that would suggest that an issue in the litigation was whether the appellants were complying with the [Act](#). The entire fresh as amended statement of claim appears to focus on challenging the constitutional validity of the Bill C-31 amendments to the *Indian Act*.

[14]The Crown's notice of motion for a mandatory interlocutory injunction was based on the appellants' refusal to comply with the legislation pending determination of whether the legislation was constitutional. The Crown's

assumption appears to have been that there was no dispute that, barring a finding of unconstitutionality, the legislation required the appellants to admit the 11 individuals to membership.

[15] Be that as it may, the appellants say that the interpretation of the legislation and whether or not they are in compliance with it was always in contemplation in and relevant to this litigation. It was the appellants who raised the question of whether or not they were in compliance in response to the Crown's motion for injunction. It, therefore, had to be dealt with before the injunction application itself was addressed. The Crown and the interveners do not challenge the need to deal with the question and Hugessen J. certainly accepted that it was necessary to interpret the legislation and determine if the appellants were or were not in compliance with it.

[16] Courts do not normally make determinations of law as a condition precedent to the granting of an interlocutory injunction. However, that is what occurred here. In the unusual circumstances of this case, I think it was appropriate for Hugessen J. to have made such a determination.

[17] Although rule 220 [*Federal Court Rules, 1998*, [SOR/98-106](#)] was not expressly invoked, I would analogize the actions of Hugessen J. to determining a preliminary question of law. [Subsections 220\(1\) and \(3\)](#) read as follows:

220. (1) A party may bring a motion before trial to request that the Court determine

(a) a question of law that may be relevant to an action;

...

(3) A determination of a question referred to in subsection (1) is final and conclusive for the purposes of the action, subject to being varied on appeal.

[18] Although the appellants did not explicitly bring a motion under rule 220, the need to determine the proper interpretation of the [Act](#) was implicit in their reply to the respondent's motion for a mandatory interlocutory injunction. It would be illogical for the appellants to raise the issue in defence to the injunction application and the Court not be able to deal with it. There is no suggestion that the question could not be decided because of disputed facts or for any other reason. It was raised by the appellants who said it was relevant to the action. Therefore, I think that Hugessen J. was able to, and did, make a preliminary determination of law that was final and conclusive for purposes of the action, subject to being varied on appeal.

Does the Band's Membership Application Process Comply with the Requirements of the [Indian Act](#)?

[19] I turn to the question itself. Although the determination under appeal was made by a case management judge who must be given extremely wide latitude (see *Sawridge Band v. Canada*, [2001 FCA 338 \(CanLII\)](#), [2002] 2 F.C. 346 (C.A.), at paragraph 11), the determination is one of law. Where a substantive question of law is at issue, even if it is decided by a case management judge, the applicable standard of review will be correctness.

[20] The appellants say there is no automatic entitlement to membership and that the Band's membership code is a legitimate means of controlling its own membership. They rely on subsections 10(4) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] and 10(5) [as am. *idem*] of the [Indian Act](#) which provide:

10. . . .

(4) Membership rules established by a band under this section may not deprive any person who had the right to have his name entered in the Band List for that band, immediately prior to the time the rules were established, of the right to have his name so entered by reason only of a situation that existed or an action that was taken before the rules came into force.

(5) For greater certainty, subsection (4) applies in respect of a person who was entitled to have his name entered in the Band List under paragraph 11(1)(c) immediately before the band assumed control of the Band List if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List.

[21] The appellants say that subsections 10(4) and (5) are clear and unambiguous and Hugessen J. was bound to apply these provisions. They submit the words "by reason only of" in subsection 10(4) mean that a band may establish membership rules as long as they do not expressly contravene any provisions of the [Act](#). They assert that the Band's code does not do so. The code only requires that if an individual is not resident on the Reserve, an application must be made demonstrating, to the satisfaction of the Band Council, that the individual:

. . . has applied for membership in the band and, in the judgment of the Band Council, has a significant commitment to, and knowledge of, the history, customs, traditions, culture and communal life of the Band and a character and lifestyle that would not cause his or her admission to membership in the Band to be detrimental to the future welfare or advancement of the Band (paragraph 3(a)(ii)).

[22]With respect to subsection 10(5), the appellants say that the words "if that person does not subsequently cease to be entitled to have his name entered in the Band List" mean that the Band is given a discretion to establish membership rules that may disentitle an individual to membership in the Band. They submit that nothing in the [Act](#) precludes a band from establishing additional qualifications for membership.

[23]The Crown, on the other hand, says that persons in the position of the individuals in this appeal have "acquired rights." I understand this argument to be that paragraph 11(1)(c) [as am. *idem*] created an automatic entitlement for those persons to membership in the Indian Band with which they were previously connected. The Crown submits that subsection 10(4) prohibits a band from using its membership rules to create barriers to membership for such persons.

[24]Hugessen J. was not satisfied that subsections 10(4) and (5) are as clear and unambiguous as the appellants suggest. He analyzed the provisions in the context of related provisions and agreed with the Crown.

[25]The appellants seem to object to Hugessen J.'s contextual approach to statutory interpretation. However, all legislation must be read in context. Driedger's [*Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983, at page 87] well-known statement of the modern approach to statutory construction, adopted in countless cases such as *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, 1998 CanLII 837 (SCC), [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21, reads:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an [Act](#) are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the [Act](#), the object of the [Act](#), and the intention of Parliament.

Hugessen J. interpreted subsections 10(4) and (5) in accordance with the modern approach and he was correct to do so.

[26]I cannot improve on Hugessen J.'s statutory construction analysis and I quote the relevant portions of his reasons, which I endorse and adopt as my own [at paragraphs 24-27 and 36]:

It is unfortunate that the awkward wording of subsections 10(4) and 10(5) does not make it absolutely clear that they were intended to entitle acquired rights individuals to automatic membership, and that the Band is not permitted to create pre-conditions to membership, as it has done. The words "by reason only of" in subsection 10(4) do appear to suggest that a band might legitimately refuse membership to persons for reasons other than those contemplated by the provision. This reading of subsection 10(4), however, does not sit easily with the other provisions in the [Act](#) as well as clear statements made at the time regarding the amendments when they were enacted in 1985.

The meaning to be given to the word "entitled" as it is used by paragraph 6(1)(c) is clarified and extended by the definition of "member of a band" in section 2, which stipulates that a person who is entitled to have his name appear on a Band List is a member of the Band. Paragraph 11(1)(c) requires that, commencing on April 17, 1985, the date Bill C-31 took effect, a person was entitled to have his or her name entered in a Band List maintained by the Department of Indian Affairs for a band if, *inter alia*, that person was entitled to be registered under paragraph 6(1)(c) of the 1985 [Act](#) and ceased to be a member of that band by reason of the circumstances set out in [paragraph 6\(1\)\(c\)](#).

While the Registrar is not obliged to enter the name of any person who does not apply therefor (see section 9(5)), that exemption is not extended to a band which has control of its list. However, the use of the imperative "shall" in section 8, makes it clear that the band is obliged to enter the names of all entitled persons on the list which it maintains. Accordingly, on July 8, 1985, the date the Sawridge Band obtained control of its List, it was obliged to enter thereon the names of the acquired rights women. When seen in this light, it becomes clear that the limitation on a band's powers contained in subsections 10(4) and 10(5) is simply a prohibition against legislating retrospectively: a band may not create barriers to membership for those persons who are by law already deemed to be members.

Although it deals specifically with Band Lists maintained in the Department, section 11 clearly distinguishes between automatic, or unconditional, entitlement to membership and conditional entitlement to membership.

Subsection 11(1) provides for automatic entitlement to certain individuals as of the date the amendments came into force. Subsection 11(2), on the other hand, potentially leaves to the band's discretion the admission of the descendants of women who "married out."

...

Subsection 10(5) is further evidence of my conclusion that the [Act](#) creates an automatic entitlement to membership, since it states, by reference to [paragraph 11\(1\)\(c\)](#), that nothing can deprive acquired rights individuals [sic] to their automatic entitlement to membership unless they subsequently lose that entitlement. The Band's membership rules do not include specific provisions that describe the circumstances in which acquired rights individuals might subsequently lose their entitlement to membership. Enacting application requirements is certainly not enough to deprive acquired rights individuals of their automatic entitlement to band membership, pursuant to [subsection 10\(5\)](#). To put the matter another way, Parliament having spoken in terms of entitlement and acquired rights, it would take more specific provisions than what is found in section 3 of the membership rules for delegated and subordinate legislation to take away or deprive [Charter](#) protected persons of those rights.

[27]I turn to the appellants' arguments in this Court.

[28]The appellants assert that the description "acquired rights" used by Hugessen J. reads words into the *Indian Act* that are not there. The term "acquired rights" appears as a marginal note beside [subsection 10\(4\)](#). As such, it is not part of the enactment, but is inserted for convenience of reference only (*Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, section 14*). However, the term is a convenient "shorthand" to identify those individuals who, by reason of [paragraph 11\(1\)\(c\)](#), became entitled to automatic membership in the Indian Band with which they were connected. In other words, the instant [paragraph 11\(1\)\(c\)](#) came into force, i.e. April 17, 1985, these individuals were entitled to have their names entered on the membership list of their Band.

[29]The appellants say that the words "by reason only of" in subsection 10(4) do not preclude an Indian Band from establishing a membership code, requiring persons who wish to be considered for membership to make application to the Band. I acknowledge that the words "by reason only of" could allow a band to create restrictions on continued membership for situations that arose or actions taken after the membership code came into force. However, the code cannot operate to deny membership to those individuals who come within [paragraph 11\(1\)\(c\)](#).

[30]A band may enact membership rules applicable to all of its members. Yet subsections 10(4) and (5) restrict a band from enacting membership rules targeted only at individuals who, by reason of [paragraph 11\(1\)\(c\)](#), are entitled to membership. That distinction is not permitted by the [Act](#).

[31]The appellants raise three further objections. First, they say that their membership code is required because of "band shopping." However, in respect of persons entitled to membership under [paragraph 11\(1\)\(c\)](#), the issue of band shopping does not arise. Under [paragraph 11\(1\)\(c\)](#), the individuals in question are only entitled to membership in the band in which they would have been a member but for the pre-April 17, 1985 provisions of the *Indian Act*. In this case, those individuals would have been members of the Sawridge Band.

[32]Second, the appellants submit that the opening words of subsection 11(1), "commencing on April 17, 1985," indicate a process and not an event, i.e. that there is no automatic membership in a band and that indeed some persons may not wish to be members; rather, the word "commencing" only means that a person may apply at any time on or after April 17, 1985. I agree that there is no automatic membership. However, there is an automatic entitlement to membership. The words "commencing on April 17, 1985" only indicate that subsection 11(1) was not retroactive to before April 17, 1985. As of that date, the individuals in question in this appeal acquired an automatic entitlement to membership in the Sawridge Band.

[33]Third, the appellants say that the individuals in question have not made application for membership. Hugessen J. dealt with this argument at paragraph 12 of his reasons:

Finally, the plaintiff argued strongly that the women in question have not applied for membership. This argument is a simple "red herring". It is quite true that only some of them have applied in accordance with the Band's membership rules, but that fact begs the question as to whether those rules can lawfully be used to deprive them of rights to which Parliament has declared them to be entitled. The evidence is clear that all of the women in question wanted and sought to become members of the Band and that they were refused at least implicitly because they did not or could not fulfil the rules' onerous application requirements.

[34]The appellants submit, contrary to Hugessen J.'s finding, that there was no evidence that the individuals in question here wanted to become members of the Sawridge Band. A review of the record demonstrates ample evidence to support Hugessen J.'s finding. For example, by Sawridge Band Council Resolution of July 21, 1988, the Band Council acknowledged that "at least 164 people had expressed an interest in writing in making application for membership in the Band." A list of such persons was attached to the Band Council Resolution. Of the 11 individuals in question here, 8 were included on that list. In addition, the record contains applications for Indian status and membership in the Sawridge Band made by a number of the individuals.

[35]For these persons entitled to membership, a simple request to be included in the Band's membership list is all that is required. The fact that the individuals in question did not complete a Sawridge Band membership application is irrelevant. As Hugessen J. found, requiring acquired rights individuals to comply with the Sawridge Band membership code, in which preconditions had been created to membership, was in contravention of the [Act](#).

[36]Of course, this finding has no bearing on the main issue raised by the appellants in this action, namely, whether the provisions entitling persons to membership in an Indian band are unconstitutional.

THE INJUNCTION APPLICATION

Standing

[37]I turn to the injunction application. The appellants say that there was no *lis* between the Band and the 11 persons ordered by Hugessen J. to be included in the Band's Membership List. The 11 individuals are not parties to the main action. The appellants also say that the Crown is not entitled to seek interlocutory relief when it does not seek the same final relief.

[38]I cannot accept the appellants' arguments. The Crown is the respondent in an application to have validly enacted legislation struck down on constitutional grounds. It is seeking an injunction, not only on behalf of the individuals denied the benefits of that legislation but on behalf of the public interest in having the laws of Canada obeyed. The Crown, as represented by the Attorney General, has traditionally had standing to seek injunctions to ensure that public bodies, such as an Indian band council, follow the law (see Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1998), at paragraph 3.30; *Ontario (Attorney General) v. Ontario Teachers' Federation* (1997), [1997 CanLII 12182 \(ON SC\)](#), 36 O.R. (3d) 367 (Gen. Div.), at pages 371-372). Having regard to the Crown's standing at common law, statutory authority, contrary to the appellants' submission, is unnecessary. Hugessen J. was thus correct to find that the Crown had standing to seek the injunction.

[39]I also cannot accept the argument that the Crown may not seek interlocutory relief because it has not sought the same final relief in this action. The Crown is defending an attack on the constitutionality of Bill C-31 and is seeking an interlocutory injunction to require compliance with it in the interim. If the Crown is successful in the main action, the result will be that the Sawridge Band will have to enter or register on its membership list the individuals who are the subject of the injunction application. The Crown therefore is seeking essentially the same relief on the injunction application as in the main action.

[40]Further, section 44 [as am. by [S.C. 2002, c. 8, s. 41](#)] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14), confers jurisdiction on the Federal Court to grant an injunction "in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so." The jurisdiction conferred by [section 44](#) is extremely broad. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998 CanLII 818 \(SCC\)](#), [1998] 1 S.C.R. 626, the Supreme Court found that the Federal Court could grant injunctive relief even though there was no action pending before the Court as to the final resolution of the claim in issue. If section 44 confers jurisdiction on the Court to grant an injunction where it is not being asked to grant final relief, the Court surely has jurisdiction to grant an injunction where it will itself make a final determination on an interconnected issue. The requested injunction is therefore sufficiently connected to the final relief claimed by the Crown.

The Test for Granting an Interlocutory Injunction

[41]The test for whether an interlocutory injunction should be granted was set out in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) and adopted by the Supreme Court in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987 CanLII 79 \(SCC\)](#), [1987] 1 S.C.R. 110; and *RJR--MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994 CanLII 117 \(SCC\)](#), [1994] 1 S.C.R. 311, where, at page 334, Sopinka and Cory JJ. summarized the test as follows:

First, a preliminary assessment must be made of the merits of the case to ensure that there is a serious question to be tried. Secondly, it must be determined whether the applicant would suffer irreparable harm if the application were refused. Finally, an assessment must be made as to which of the parties would suffer greater harm from the granting or refusal of the remedy pending a decision on the merits.

[42]The appellants submit that Hugessen J. erred in applying a reverse onus to the test. Since, as will be discussed below, the Crown has satisfied the traditional test, I do not need to consider whether the onus should be reversed.

Serious Question

[43]In *RJR--MacDonald, supra*, at pages 337-338, the Court indicated that the threshold at the first branch is low and that the motions judge should proceed to the rest of the test unless the application is vexatious or frivolous.

[44]The appellants say that in cases where a mandatory injunction is sought, the older pre-*American Cyanamid* test of showing a strong *prima facie* case for trial should continue to apply. They rely on an Ontario case, *Breen v. Farlow*, [1995] O.J. No. 2971 (Gen. Div.) (QL), in support of this proposition. Of course, that case is not binding on this Court. Furthermore, it has been questioned by subsequent Ontario decisions in which orders in the nature of a mandatory interlocutory injunction were issued (*493680 Ontario Ltd. v. Morgan*, [1996] O.J. No. 4776 (Gen. Div.) (QL); *Samoila v. Prudential of America General Insurance Co. (Canada)*, [1999] O.J. No. 2317 (Sup. Ct.) (QL)). In *Morgan*, Hockin J. stated that *RJR--MacDonald* had modified the old test, even for mandatory interlocutory injunctions (paragraph 27).

[45]The jurisprudence of the Federal Court on this issue in recent years is divided. In *Relais Nordik Inc. v. Secunda Marine Services Ltd.* (1988), 24 F.T.R. 256 (F.C.T.D.), at page 9, Pinard J. questioned the applicability of the *American Cyanamid* test to mandatory interlocutory injunctions. On the other hand, in *Ansa International Rent-a-Car (Canada) Ltd. v. American International Rent-a-Car Corp.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 340 (F.C.T.D.), at paragraph 15, MacKay J. accepted that the *American Cyanamid* test applied to mandatory injunctions in the same way as to prohibitory ones. Both of these cases were decided before the Supreme Court reaffirmed its approval of the *American Cyanamid* test in *RJR--MacDonald*. More recently, in *Patriquen v. Canada (Correctional Services)* (2003), 2003 FC 927 (CanLII), 238 F.T.R. 153 (F.C.), at paragraphs 9-16, Blais J. followed the *RJR--MacDonald* test and found that there was a serious issue to be tried in an application for a mandatory interlocutory injunction (which he dismissed on the basis that the applicant had not shown irreparable harm).

[46]Hugessen J. followed *Ansa International, supra*, and held that the *RJR--MacDonald* test should be applied to an interlocutory injunction application, whether it is prohibitory or mandatory. In light of Sopinka and Cory JJ.'s caution about the difficulties of engaging in an extensive analysis of the constitutionality of legislation at an interlocutory stage (*RJR--MacDonald*, at page 337), I think he was correct to do so. However, the fact that the Crown is asking the Court to require the appellants' to take positive action will have to be considered in assessing the balance of convenience.

[47]In this case, the Crown's argument that Bill C-31 is constitutional is neither frivolous nor vexatious. There is, therefore, a serious question to be tried.

Irreparable Harm

[48]Ordinarily, the public interest is considered only in the third branch of the test. However, where, as here, the government is the applicant in a motion for interlocutory relief, the public interest must also be considered in the second stage (*RJR--MacDonald, supra*, at page 349).

[49]Validly enacted legislation is assumed to be in the public interest. Courts are not to investigate whether the legislation actually has such an effect (*RJR--MacDonald*, at pages 348-349).

[50]Allowing the appellants to ignore the requirements of the [Act](#) would irreparably harm the public interest in seeing that the law is obeyed. Until a law is struck down as unconstitutional or an interim constitutional exemption is granted by a court of competent jurisdiction, citizens and organizations must obey it (*Metropolitan Stores, supra*, at page 143, quoting *Morgentaler et al. v. Ackroyd et al.* (1983), 1983 CanLII 1748 (ON SC), 42 O.R. (2d) 659 (H.C.), at pages 666-668).

[51]Further, the individuals who have been denied membership in the appellant Band are aging and, at the present rate of progress, some are unlikely ever to benefit from amendments that were adopted to redress their discriminatory exclusion from Band membership. The public interest in preventing discrimination by public bodies

will be irreparably harmed if the requested injunction is denied and the appellants are able to continue to ignore their obligations under Bill C-31, pending a determination of its constitutionality.

[52]The appellants argue that there cannot be irreparable harm because, if there was, the Crown would not have waited 16 years after the commencement of the action to seek an injunction. The Crown submits that it explained to Hugessen J. the reasons for the delay and stated that the very length of the proceedings had in fact contributed to the irreparable harm as the individuals in question were growing older and, in some cases, falling ill.

[53]The question of whether delay in bringing an injunction application is fatal is a matter of discretion for the motions judge. There is no indication that Hugessen J. did not act judicially in exercising his discretion to grant the injunction despite the timing of the motion.

Balance of Convenience

[54]In *Metropolitan Stores, supra*, at page 149, Beetz J. held that interlocutory injunctions should not be granted in public law cases, "unless, in the balance of convenience, the public interest is taken into consideration and given the weight it should carry." In this case, the public interest in seeing that laws are obeyed and that prior discrimination is remedied weighs in favour of granting the injunction requested by the Crown.

[55]As discussed above and as Hugessen J. found, there is a clear public interest in seeing that legislation is obeyed until its application is stayed by court order or the legislation is set aside on final judgment. As well, Bill C-31 was designed to remedy the historic discrimination against Indian women and other Indians previously excluded from status under the *Indian Act* and Band membership. There is therefore a public interest in seeing that the individuals in this case are able to reap the benefits of those amendments.

[56]On the other hand, the Sawridge Band will suffer little or no damage by admitting nine elderly ladies and one gentleman to membership (the Court was advised that one of the 11 individuals had recently died). It is true that the Band is being asked to take the positive step of adding these individuals to its Band List but it is difficult to find hardship in requiring a public body to follow a law that, pending an ultimate determination of its constitutionality, is currently in force. Even if the Band provides the individuals with financial assistance on the basis of their membership, that harm can be remedied by damages against the Crown if the appellants subsequently succeed at trial. Therefore, as Hugessen J. found, the balance of convenience favours granting the injunction.

CONCLUSION

[57]The appeal should be dismissed.

COSTS

[58]The Crown has sought costs in this Court and in the Court below. The interveners have sought costs in this Court only.

[59]In his reasons for order, Hugessen J. reserved the question of costs in favour of the Crown, indicating that the Crown should proceed by way of a motion for costs under rule 369 [*Federal Court Rules, 1998*]. He awarded no costs to the interveners. It is not apparent from the record that the Crown made a costs motion under rule 369 and in the absence of an order for costs and an appeal of that order, I would not make any award of costs in the Court below.

[60]As to costs in this Court, the Crown and interveners are to make submissions in writing, each not exceeding three pages, double-spaced, on or before seven days from the date of these reasons. The appellants shall make submissions in writing, not exceeding 10 pages, double-spaced, on or before 14 days from the date of these reasons. The Court will, if requested, consider the award of a lump sum of costs inclusive of fees, disbursements, and in the case of the interveners, GST (see *Conorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.*, [2002 FCA 417 \(CanLII\)](#), [2003] 2 F.C. 451 (C.A.)).

[61]The judgment of the Court will be issued as soon as the matter of costs is determined.

Noël J.A.: I agree.

Malone J.A.: I agree.

TAB 23

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20180830

Dockets: A-78-17 (lead file); A-217-16; A-218-16;
A-223-16; A-224-16; A-225-16; A-232-16;
A-68-17; A-74-17; A-75-17;
A-76-17; A-77-17; A-84-17; A-86-17

Citation: 2018 FCA 153

CORAM: DAWSON J.A.
DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

BETWEEN:

**TSLEIL-WAUTUTH NATION, CITY OF VANCOUVER, CITY OF
BURNABY, THE SQUAMISH NATION (also known as the
SQUAMISH INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM, CHIEF IAN
CAMPBELL on his own behalf and on behalf of all members of the
Squamish Nation, COLDWATER INDIAN BAND, CHIEF LEE
SPAHAN in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of
all members of the Coldwater Band, AITCHELITZ, SKOWKALE,
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST NATION,
TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE, SKWAH, CHIEF DAVID
JIMMIE on his own behalf and on behalf of all members of the
TS'ELXWÉYEQW TRIBE, UPPER NICOLA BAND, CHIEF RON
IGNACE and CHIEF FRED SEYMOUR on their own behalf and on
behalf of all other members of the STK'EMLUPSEMC TE
SECWEPEMC of the SECWEPEMC NATION, RAINCOAST
CONSERVATION FOUNDATION and LIVING OCEANS SOCIETY**

Applicants

and

**ATTORNEY GENERAL OF CANADA,
NATIONAL ENERGY BOARD and
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC**

Respondents

and

**ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA and
ATTORNEY GENERAL OF BRITISH
COLUMBIA**

Interveners

Heard at Vancouver, British Columbia, on October 2-5, 10, 12-13, 2017.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on August 30, 2018.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY:

DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20180830

Dockets: A-78-17 (lead file); A-217-16; A-218-16;
A-223-16; A-224-16; A-225-16; A-232-16;
A-68-17; A-74-17; A-75-17;
A-76-17; A-77-17; A-84-17; A-86-17

Citation: 2018 FCA 153

CORAM: DAWSON J.A.
DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

BETWEEN:

TSLEIL-WAUTUTH NATION, CITY OF VANCOUVER, CITY OF
BURNABY, THE SQUAMISH NATION (also known as the
SQUAMISH INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM, CHIEF IAN
CAMPBELL on his own behalf and on behalf of all members of the
Squamish Nation, COLDWATER INDIAN BAND, CHIEF LEE
SPAHAN in his capacity as Chief of the Coldwater Band on behalf of
all members of the Coldwater Band, AITCHELITZ, SKOWKALE,
SHXWHÁ:Y VILLAGE, SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST NATION,
TZEACHTEN, YAKWEAKWIOOSE, SKWAH, CHIEF DAVID
JIMMIE on his own behalf and on behalf of all members of the
TS'ELXWÉYEQW TRIBE, UPPER NICOLA BAND, CHIEF RON
IGNACE and CHIEF FRED SEYMOUR on their own behalf and on
behalf of all other members of the STK'EMLUPSEMC TE
SECWEPEMC of the SECWEPEMC NATION, RAINCOAST
CONSERVATION FOUNDATION and LIVING OCEANS SOCIETY

Applicants

and

ATTORNEY GENERAL OF CANADA,
NATIONAL ENERGY BOARD and
TRANS MOUNTAIN PIPELINE ULC

Respondents

and

**ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA and
ATTORNEY GENERAL OF BRITISH
COLUMBIA**

Intervenors

REASONS FOR JUDGMENT

DAWSON J.A.

	Para.
I. Introduction	1
A. Summary of Conclusions	4
II. The Project	9
III. The Applicants	15
A. Tsleil-Waututh Nation	16
B. City of Vancouver	21
C. City of Burnaby	23
D. The Squamish Nation	25
E. Coldwater Indian Band	30
F. The Stó:lō Collective	35
G. Upper Nicola Band	41
H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation	45
I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society	49
IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council	50
V. The legislative regime	53
A. The requirements of the <i>National Energy Board Act</i>	54
B. The requirements of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>	59
C. Consideration by the Governor in Council	63
VI. The report of the National Energy Board	68
VII. The decision of the Governor in Council	69
VIII. Factual background	72
A. Canada's consultation process	72
B. Prehearing matters and the Project application	76
C. The scoping decision and the hearing order	81
D. Challenges to the hearing order and the scoping decision	85
E. The TERMPOL review process	88
F. The applicants' participation in the hearing before the Board	94
G. Participant funding	99
1. Tsleil-Waututh Nation	102

	Para.
2. The Squamish Nation	103
3. Coldwater Indian Band	104
4. The Stó:lō Collective	105
5. Upper Nicola Band	106
6. SSN	107
7. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society	108
H. Crown consultation efforts—a brief summary	109
1. Phase I (from 2013 to April 2014)	109
2. Phase II (from April 2014 to February 2016)	110
3. Phase III (February to November 2016)	115
I. Post National Energy Board report events	118
1. The Interim Measures for Pipeline Reviews	118
2. The Ministerial Panel	121
3. Greenhouse gas assessment	124
IX. The issues to be determined	125
X. Consideration of the issues	129
A. The preliminary issues	129
1. Trans Mountain’s motion to strike	133
2. The applicants’ motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight	143
(a) The hearsay objection	144
(b) Relevance of evidence of Trans Mountain’s engagement with the Indigenous applicants	153
3. Canada’s compendium—The Consultation Chronologies	163
B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?	170
1. The decision of this Court in <i>Gitxaala</i>	173
2. Was <i>Gitxaala</i> wrongly decided on this point?	175
(a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?	175
(b) Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)	183
(c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports	185
(d) The reference to inapplicable provisions of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>	187
(e) Gitxaala thwarts review of the decision of the National Energy Board	200
(f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review	202
C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?	204
1. The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council	204
(a) The administrative law components of the decision	206
(b) The constitutional component	224
2. Did the Governor in Council err in determining that the Board’s	228

	Para.
<u>report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?</u>	
(a) <u>Was the Board's process procedurally fair?</u>	230
(i) <u>Applicable legal principles</u>	230
(ii) <u>The asserted breaches of procedural fairness</u>	237
(iii) <u>The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses</u>	242
(iv) <u>Trans Mountain's responses to the Information Requests</u>	260
(v) <u>The asserted deferral and delegation of the assessment of important information</u>	278
(vi) <u>Failing to provide adequate reasons</u>	292
(vii) <u>Trans Mountain's reply evidence</u>	316
(viii) <u>Conclusion on procedural fairness</u>	321
(b) <u>Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?</u>	322
(i) <u>Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?</u>	335
(ii) <u>Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?</u>	352
(iii) <u>Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?</u>	375
(c) <u>Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?</u>	387
(d) <u>Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i>?</u>	388
(i) <u>The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the <i>National Energy Board Act</i></u>	411
(ii) <u>The Board's consideration of Project-related marine shipping and its findings</u>	413
(iii) <u>Was the Board's assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?</u>	431
(e) <u>Did the Board err in its treatment of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	442
(i) <u>Did the Board err by concluding that section 79 of the <i>Species at Risk Act</i> did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?</u>	446
(ii) <u>Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	451
(iii) <u>Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the <i>Species at Risk Act</i>?</u>	459
(f) <u>Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board's report as a proper condition precedent to the</u>	465

	Para.
	<u>Governor in Council's decision</u>
3.	<u>The challenge of the Attorney General of British Columbia</u> 474
	(a) <u>Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?</u> 477
	(b) <u>Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?</u> 481
D.	<u>Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?</u> 485
	1. <u>The applicable legal principles</u> 485
	2. <u>The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty</u> 508
	3. <u>Application of the legal principles to the evidence</u> 511
	(a) <u>Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?</u> 513
	(i) <u>The consultation framework was unilaterally imposed</u> 515
	(ii) <u>The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations</u> 520
	(iii) <u>The funding provided is said to have been inadequate</u> 533
	(iv) <u>The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking</u> 542
	(v) <u>Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada</u> 548
	(b) <u>Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?</u> 550
	(i) <u>The need for meaningful two-way dialogue</u> 564
	(ii) <u>The implementation of the mandate of the Crown consultation team</u> 575
	a. <u>The Crown Consultation Report</u> 578
	b. <u>The experience of Tsleil-Waututh</u> 579
	c. <u>The experience of Squamish</u> 582
	d. <u>The experience of Coldwater</u> 585
	e. <u>The experience of Stó:lō</u> 589
	f. <u>The experience of Upper Nicola</u> 593
	g. <u>The experience of SSN</u> 596
	h. <u>Conclusion on the mandate of the Crown consultation team</u> 598
	(iii) <u>Canada's reluctance to depart from the Board's findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants</u> 602
	(iv) <u>Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent</u> 629
	(v) <u>Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants</u> 638

	Para.
(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully	649
a. The experience of Tsleil-Waututh	649
b. The experience of Squamish	662
c. The experience of Coldwater	669
d. The experience of Stó:lō	681
e. The experience of Upper Nicola	728
f. The experience of SSN	737
(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process	753
E. Remedy	764
F. Proposed Disposition	773

I. Introduction

[1] On May 19, 2016, the National Energy Board issued its report concerning the proposed expansion of the Trans Mountain pipeline system. The Board's report recommended that the Governor in Council approve the expansion. The Board's recommendation was based on the Board's findings that the expansion is in Canada's public interest, and that if certain environmental protection procedures and mitigation measures are implemented, and if the conditions the Board recommended are implemented, the expansion is not likely to cause significant adverse environmental effects.

[2] On November 29, 2016, the Governor in Council accepted the Board's recommendation and issued Order in Council P.C. 2016-1069. The Order in Council recited the Governor in Council's acceptance of the Board's recommendation, and directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project, subject to the conditions recommended by the Board.

[3] A number of applications for judicial review of the Board's report and the Order in Council were filed in this Court. These applications were consolidated. These are the Court's reasons for judgment in respect of the consolidated proceeding. Pursuant to the order consolidating the applications, a copy of these reasons shall be placed in each file.

A. Summary of Conclusions

[4] While a number of applicants challenge the report of the National Energy Board, as explained below, the Order in Council is legally the only decision under review. Its validity is challenged on two principal grounds: first, the Board's process and findings were so flawed that the Governor in Council could not reasonably rely on the Board's report; second, Canada failed to fulfil the duty to consult owed to Indigenous peoples.

[5] Applying largely uncontested legal principles established by the Supreme Court of Canada to the factual record, a factual record that is also largely not contested, I conclude that most of the flaws asserted against the Board's process and findings are without merit. However, the Board made one critical error. The Board unjustifiably defined the scope of the Project under review not to include Project-related tanker traffic. The unjustified exclusion of marine shipping from the scope of the Project led to successive, unacceptable deficiencies in the Board's report and recommendations. As a result, the Governor in Council could not rely on the Board's report and recommendations when assessing the Project's environmental effects and the overall public interest.

[6] Applying the largely uncontested legal principles that underpin the duty to consult Indigenous peoples and First Nations set out by the Supreme Court, I also conclude that Canada acted in good faith and selected an appropriate consultation framework. However, at the last stage of the consultation process prior to the decision of the Governor in Council, a stage called Phase III, Canada's efforts fell well short of the mark set by the Supreme Court of Canada. Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the real concerns of the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of those concerns. The duty to consult was not adequately discharged.

[7] Accordingly, for the following reasons, I would quash the Order in Council and remit the matter back to the Governor in Council for appropriate action, if it sees fit, to address these flaws and, later, proper redetermination.

[8] These reasons begin by describing: (i) the expansion project; (ii) the applicants who challenge the Board's report and the Order in Council; (iii) the pending applications for judicial review; (iv) the legislative regime; (v) the report of the Board; and, (vi) the decision of the Governor in Council. The reasons then set out the factual background relevant to the challenges before the Court before turning to the issues raised in these applications and the consideration of those issues.

II. The Project

[9] No company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and given

leave to the company to open the pipeline (subsection 30(1) of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7).

[10] Trans Mountain Pipeline ULC is the general partner of Trans Mountain Pipeline L.P. (together referred to as Trans Mountain). Trans Mountain owns and holds operating certificates issued by the National Energy Board for the existing Trans Mountain pipeline system. This system includes a pipeline approximately 1,147 kilometres long that moves crude oil, and refined and semi-refined petroleum products from Edmonton, Alberta to marketing terminals and refineries in the central region and lower mainland area of British Columbia, as well as to the Puget Sound area in Washington State.

[11] On December 16, 2013, Trans Mountain submitted an application to the National Energy Board for a certificate of public convenience and necessity (and certain amended certificates) for the Trans Mountain Expansion Project (Project).

[12] The application described the Project to consist of a number of components, including: (i) twinning the existing pipeline system with approximately 987 kilometres of new pipeline segments, including new proposed pipeline corridors and rights-of-way, for the purpose of transporting diluted bitumen from Edmonton, Alberta to Burnaby, British Columbia; (ii) new and modified facilities, including pump stations and tanks (in particular, an expanded petroleum tank farm in Burnaby which would be expanded from 13 to 26 storage tanks); (iii) a new and expanded dock facility, including three new berths, at the Westridge Marine Terminal in

Burnaby; and, (iv) two new pipelines running from the Burnaby storage facility to the Westridge Marine Terminal.

[13] The Project would increase the number of tankers loaded at the Westridge Marine Terminal from approximately five Panamax and Aframax class tankers per month to approximately 34 Aframax class tankers per month. Aframax tankers are larger and carry more product than Panamax tankers. The Project would increase the overall capacity of Trans Mountain's existing pipeline system from 300,000 barrels per day to 890,000 barrels per day.

[14] Trans Mountain's application stated that the primary purpose of the Project is to provide additional capacity to transport crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim, including Asia. If built, the system would continue to transport crude oil—primarily diluted bitumen.

III. The Applicants

[15] A number of First Nations and two large cities are significantly concerned about the Project and its impact upon them, and challenge its approval. Two non-governmental agencies also challenge the Project. These applicants are described below.

A. Tsleil-Waututh Nation

[16] The applicant Tsleil-Waututh Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 and its members are Aboriginal peoples within the

meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[17] In the traditional dialect of Halkomelem, the name Tsleil-Waututh means “People of the Inlet”. Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory extends approximately from the vicinity of Mount Garibaldi to the north to the 49th parallel and beyond to the south. The traditional territory extends west to Gibsons and east to Coquitlam Lake. The traditional territory includes areas across British Columbia’s Lower Mainland, including sections of the Lower Fraser River, Howe Sound, Burrard Inlet and Indian Arm.

[18] Tsleil-Waututh’s traditional territory encompasses the proposed Westridge Marine Terminal and fuel storage facility expansion, and approximately 18 kilometres of pipeline right-of-way. Approximately 45 kilometres of marine shipping route will pass within Tsleil-Waututh’s asserted traditional territory.

[19] Much of Tsleil-Waututh’s population of 500 people live in its primary community of Tsleil-Waututh, which is located on the north shore of Burrard Inlet, approximately 3 kilometres across the Inlet from the Westridge Marine Terminal.

[20] Tsleil-Waututh asserts Aboriginal title to the land, water, air, marine foreshore and resources in Eastern Burrard Inlet. It also asserts freestanding stewardship, harvesting and cultural rights in this area. The Crown states that it assessed its duty to consult with Tsleil-Waututh on the deeper end of the consultation spectrum.

B. City of Vancouver

[21] The City of Vancouver is the third most densely populated city in North America, after New York City and San Francisco. It has 69.8 kilometres of waterfront along Burrard Inlet, English Bay, False Creek and the Fraser River, with 18 kilometres of beaches and a 22-kilometre long seawall.

[22] Approximately 25,000 residents of Vancouver live within 300 metres of the Burrard Inlet and English Bay shorelines.

C. City of Burnaby

[23] The City of Burnaby is the third largest city in British Columbia, with a population of over 223,000 people.

[24] A number of elements of the Project infrastructure will be located in Burnaby: (i) the new Westridge Marine Terminal; (ii) the Burnaby Terminal, including thirteen new storage tanks and one replacement storage tank; (iii) two new delivery lines following a new route connecting the Burnaby Terminal to the Westridge Marine Terminal through a new tunnel to be drilled under the Burnaby Mountain Conservation Area; and, (iv) a portion of the main pipeline along a new route to the Burnaby Terminal.

D. The Squamish Nation

[25] The applicant Squamish Nation is a Coast Salish Nation. It is a band within the meaning of the *Indian Act* and its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. There are currently just over 4,000 registered members of the Squamish Nation.

[26] The Squamish assert that since a time before contact with Europeans, Squamish have used and occupied lands and waters on the southwest coast of what is now British Columbia, extending from the Lower Mainland north to Whistler. This territory includes Burrard Inlet, English Bay, Howe Sound and the Squamish Valley. The boundaries of asserted Squamish territory thus encompass all of Burrard Inlet, English Bay and Howe Sound, as well as the rivers and creeks that flow into these bodies of water.

[27] Squamish has three reserves located in and at the entrance to Burrard Inlet:

- i. Seymour Creek Reserve No. 2 (ch'ích'elxwi7kw) on the North shore close to the Westridge Marine Terminal;
- ii. Mission Reserve No. 1 (eslhá7an); and,
- iii. Capilano Reserve No. 5 (xwmelechstn).

Also located in the area are Kitsilano Reserve No. 6 (senákw) near the entrance to False Creek, and three other waterfront reserves in Howe Sound.

[28] Project infrastructure, including portions of the main pipeline, the Westridge Marine Terminal, the Burnaby Terminal, two new delivery lines connecting the terminals, and sections of the tanker routes for the Project will be located in Squamish's asserted traditional territory and close to its reserves across the Burrard Inlet. The shipping route for the Project will also travel past three Squamish reserves through to the Salish Sea.

[29] Squamish asserts Aboriginal rights, including title and self-government, within its traditional territory. Squamish also asserts Aboriginal rights to fish in the Fraser River and its tributaries. The Crown assessed its duty to consult Squamish at the deeper end of the consultation spectrum.

E. Coldwater Indian Band

[30] The applicant Coldwater is a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Its members are Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Coldwater, together with 14 other bands, comprise the Nlaka'pamux Nation.

[31] The Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory encompasses part of south-central British Columbia extending from the northern United States to north of Kamloops. This territory includes the Lower Thompson River area, the Fraser Canyon, the Nicola and Coldwater Valleys and the Coquihalla area.

[32] Coldwater's registered population is approximately 850 members. Approximately 330 members live on Coldwater's reserve lands. Coldwater holds three reserves: (i) Coldwater Indian Reserve No. 1 (Coldwater Reserve) approximately 10 kilometres southwest of Merritt, British Columbia; (ii) Paul's Basin Indian Reserve No. 2 located to the southwest of the Coldwater Reserve, upstream on the Coldwater River; and, (iii) Gwen Lake Indian Reserve No. 3 located on Gwen Lake.

[33] Approximately 226 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and four pipeline facilities (the Kamloops Terminal, the Stump Station, the Kingsvale Station and the Hope Station) will be located within the Nlaka'pamux Nation's asserted traditional territory. The Kingsvale Station is located in the Coldwater Valley. The approved pipeline right-of-way skirts the eastern edges of the Coldwater Reserve. The existing Trans Mountain pipeline system transects both the Coldwater Reserve and the Coldwater Valley.

[34] Coldwater asserts Aboriginal rights and title in, and the ongoing use of, the Coldwater and Nicola Valleys and the Nlaka'pamux territory more generally. The Crown assessed its duty to consult Coldwater at the deeper end of the consultation spectrum.

F. The Stó:lō Collective

[35] One translation of the term "Stó:lō" is "People of the River", referencing the Fraser River. The Stó:lō are a Halkomelem-speaking Coast Salish people. Traditionally, they have been tribally organized.

[36] The “Stó:lō Collective” was formed for the sole purpose of coordinating and representing the interests of its membership before the National Energy Board and in Crown consultations about the Project. The Stó:lō Collective represents the following applicants:

- (a) Aitchelitz, Skowkale, Tzeachten, Squiala First Nation, Yakwekwioose, Shxwa:y Village and Soowahlie, each of which are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Ts’elxweyeqw Villages). The Ts’elxweyeqw Villages collectively comprise the Ts’elxweyeqw Tribe. Members of the Ts’elxweyeqw Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- (b) Skwah and Kwaw-Kwaw-Apilt, each of whom are villages and also bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act* (the Pil’Alt Villages). The Pil’Alt Villages are members of the Pil’Alt Tribe. Members of the Pil’Alt Villages are Stó:lō people and Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. The Pil’Alt Villages are represented by the Ts’elxweyeqw Tribe in matters relating to the Project. (On March 6, 2018, Kwaw-Kwaw-Apilt filed a notice of discontinuance.)

[37] The Stó:lō’s asserted traditional territory, known as S’olh Temexw, includes the lower Fraser River watershed.

[38] The Stó:lō live in many villages, all of which are located in the lower Fraser River watershed.

[39] The existing Trans Mountain pipeline crosses, and the Project’s proposed new pipeline route would cross, approximately 170 kilometres of the Stó:lō Collective applicants’ asserted

traditional territory, beginning from an eastern point of entry near the Coquihalla Highway and continuing to the Burrard Inlet.

[40] The Stó:lō possess established Aboriginal fishing rights on the Fraser River (*R. v. Vander Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, 137 D.L.R. (4th) 289). The Crown assessed its duty to consult Stó:lō at the deeper end of the consultation spectrum.

G. Upper Nicola Band

[41] The applicant Upper Nicola is a member community of the Syilx (Okanagan) Nation and a band within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. Upper Nicola and Syilx are an Aboriginal people within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[42] The Syilx Nation's asserted traditional territory extends from the north past Revelstoke around Kinbasket to the south to the vicinity of Wilbur, Washington. It extends from the east near Kootenay Lake to the west to the Nicola Valley. Upper Nicola currently has eight Indian Reserves within Upper Nicola's/Syilx's asserted territory. The primary residential communities are Spaxomin, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 3 on the western shore of Douglas Lake, and Quilchena, located on Upper Nicola Indian Reserve No. 1 on the eastern shore of Nicola Lake.

[43] Approximately 130 kilometres of the Project's proposed new pipeline will cross through Upper Nicola's area of responsibility within Syilx territory. The Stump Station and the Kingsvale Station are also located within Syilx/Upper Nicola's asserted territory.

[44] Upper Nicola asserts responsibility to protect and preserve the claimed Aboriginal title and harvesting and other rights held collectively by the Syilx, particularly within its area of responsibility in the asserted Syilx territory. The Crown assessed its duty to consult Upper Nicola at the deeper end of the consultation spectrum.

H. Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation

[45] The Secwepemc are an Aboriginal people living in the area around the confluence of the Fraser and Thompson Rivers. The Secwepemc Nation is comprised of seven large territorial groupings referred to as "Divisions". The Stk'emlupsemc te Secwepemc Division (SSN) is comprised of the Skeetchestn Indian Band and the Kamloops (or Tk'emlups) Indian Band. Both are bands within the meaning of section 2 of the *Indian Act*. SSN's members are also Aboriginal peoples within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982* and paragraph 5(1)(c) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[46] The Skeetchestn Indian Band is located along the northern bank of the Thompson River, approximately 50 kilometres west of Kamloops and has four reserves. Its total registered population is 533. The Tk'emlups Indian Band is located in the Kamloops area and has six reserves. Its total registered population is 1,322. Secwepemc Territory is asserted to be a

substantial landmass which encompasses many areas, including the area in the vicinity of Kamloops Lake.

[47] The existing and proposed pipeline right-of-way crosses through SSN's asserted traditional territory for approximately 350 kilometres. Approximately 80 kilometres of the proposed pipeline right-of-way and two pipeline facilities, the Black Pines Station and the Kamloops Terminal, will be located within SSN's asserted traditional territory.

[48] The SSN claim Aboriginal title over its traditional territory. The Crown assessed its duty to consult SSN at the deeper end of the consultation spectrum.

I. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[49] These applicants are not-for-profit organizations. Their involvement in the National Energy Board review process focused primarily on the effects of Project-related marine shipping.

IV. The applications challenging the report of the National Energy Board and the Order in Council

[50] As will be discussed in more detail below, two matters are challenged in this consolidated proceeding: first, the report of the National Energy Board which recommended that the Governor in Council approve the Project and direct the Board to issue the necessary certificate of public convenience and necessity; and, second, the decision of the Governor in Council to accept the recommendation of the Board and issue the Order in Council directing the Board to issue the certificate.

[51] The following applicants applied for judicial review of the report of the National Energy Board:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-232-16)
- City of Vancouver (Court File A-225-16)
- City of Burnaby (Court File A-224-16)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siy am, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-217-16)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-223-16)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-218-16).

[52] The following applicants applied, with leave, for judicial review of the decision of the Governor in Council:

- Tsleil-Waututh Nation (Court File A-78-17)
- City of Burnaby (Court File A-75-17)
- The Squamish Nation and Xálek/Sekyú Siy am, Chief Ian Campbell on his own behalf and on behalf of all members of Squamish (Court File A-77-17)
- Coldwater Indian Band and Chief Lee Spahan in his capacity as Chief of Coldwater on behalf of all members of Coldwater (Court File A-76-17)
- The Stó:lō Collective applicants (Court File A-86-17)
- Upper Nicola Band (Court File A-74-17)
- Chief Ron Ignace and Chief Fred Seymour, on their own behalf and on behalf of all other members of Stk'emlupsemc te Secwepemc of the Secwepemc Nation (Court File A-68-17)
- Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society (Court File A-84-17).

V. The legislative regime

[53] For ease of reference the legislative provisions referred to in this section of the reasons are set out in the Appendix to these reasons.

A. The requirements of the *National Energy Board Act*

[54] As explained above, no company may operate an interprovincial or international pipeline in Canada unless the National Energy Board has issued a certificate of public convenience and necessity, and, after the pipeline is built, has given leave to the company to open the pipeline.

[55] Trans Mountain's completed application for a certificate of public convenience and necessity for the Project triggered the National Energy Board's obligation to assess the Project pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act*. Subsection 52(1) of that Act requires the Board to prepare and submit to the Minister of Natural Resources, for transmission to the Governor in Council, a report which sets out the Board's recommendation as to whether the certificate should be granted, together with all of the terms and conditions that the Board considers the certificate should be subject to if issued. The Board is to provide its reasons for its recommendation. When considering whether to recommend issuance of a certificate the Board is required to take into account "whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity".

[56] The Board's recommendation is, pursuant to subsection 52(2) of the *National Energy Board Act*, to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the

pipeline and to be relevant” and the Board may have regard to five specifically enumerated factors which include “any public interest that in the Board’s opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.”

[57] If an application relates to a “designated” project, as defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board’s report must also set out the Board’s environmental assessment of the project. This assessment is to be prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (subsection 52(3) of the *National Energy Board Act*). A designated project is defined in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*:

designated project means one or more physical activities that	projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes :
(a) are carried out in Canada or on federal lands;	a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial;
(b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and	b) désignées soit par règlement pris en vertu de l’alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2);
(c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order.	c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté.
It includes any physical activity that is incidental to those physical activities.	Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires.

[58] The remaining subsections in section 52 deal with the timeframe in which the Board must complete its report. Generally, a report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chair of the Board. The specified time limit must not be longer than 15 months after the completed application has been submitted to the Board.

B. The requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[59] Pursuant to subsection 4(3) of the *Regulations Designating Physical Activities*, SOR/2012-147, and section 46 of the Schedule thereto, because the Project includes a new onshore pipeline longer than 40 kilometres, the Project is a designated project as defined in part (b) of the definition of “designated project” set out in paragraph 57 above. In consequence, the Board was required to conduct an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. For this purpose, subsection 15(b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* designated the National Energy Board to be the sole responsible authority for the environmental assessment.

[60] As the responsible authority, the Board was required to take into account the environmental effects enumerated in subsection 5(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These effects include changes caused to the land, water or air and to the life forms that inhabit these elements of the environment. The effects to be considered are to include the effects upon Aboriginal peoples’ health and socio-economic conditions, their physical and cultural heritage, their current use of lands and resources for traditional purposes, and any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

[61] Subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* required the Board to take into account a number of enumerated factors when conducting the environmental assessment, including:

- the environmental effects of the designated project (including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the

designated project) and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

- mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible, and the environmental effects of any such alternative means; and
- any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, here the Board, requires to be taken into account.

[62] The Board was also required under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* to make recommendations to the Governor in Council with respect to the decision to be made by the Governor in Council under paragraph 31(1)(a) of that Act—a decision about the existence of significant adverse environmental effects and whether those effects can be justified in the circumstances.

C. Consideration by the Governor in Council

[63] Once in receipt of the report prepared in accordance with the requirements of the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may make its decision concerning the proponent's application for a certificate.

[64] Three decisions are available to the Governor in Council. It may, by order:

- i. “direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report” (paragraph 54(1)(a) of the *National Energy Board Act*); or
- ii. “direct the Board to dismiss the application for a certificate” (paragraph 54(1)(b) of the *National Energy Board Act*); or
- iii. “refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration” and specify a time limit for the reconsideration (subsections 53(1) and (2) of the *National Energy Board Act*).

[65] Subsection 54(2) of the *National Energy Board Act* requires that the Governor in Council’s order “must set out the reasons for making the order.”

[66] Subsection 54(3) of the *National Energy Board Act* requires the Governor in Council to issue its order within three months after the Board’s report is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, extend this time limit.

[67] Additionally, once the National Energy Board as the responsible authority for the designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment, pursuant to subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*, “decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment ... that the designated project”:

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(i) n’est pas susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can

(ii) est susceptible d’entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans

be justified in the circumstances, or	les circonstances,
(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances;	(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

VI. The report of the National Energy Board

[68] On May 19, 2016, the Board issued its report which recommended approval of the Project. The recommendation was based on a number of findings, including:

- With the implementation of Trans Mountain's environmental protection procedures and mitigation measures, and the Board's recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects.
- However, effects from the operation of Project-related marine vessels would contribute to the total cumulative effects on the Southern resident killer whales, and would further impede the recovery of that species. Southern resident killer whales are an endangered species that reside in the Salish Sea. Project-related marine shipping follows a route through the Salish Sea to the open ocean that travels through the whales' critical habitat as identified in the Recovery Strategy for the Northern and Southern resident killer whales. The Board's finding was that "the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, and that it is likely to result in significant adverse effects on Aboriginal cultural uses associated with these marine mammals."
- The likelihood of a spill from the Project or from a Project-related tanker would be very low in light of the mitigation and safety measures to be implemented. However, the consequences of large spills could be high.
- The Board's recommendation and decisions with respect to the Project were consistent with subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

- The Project would be in the Canadian public interest and would be required by the present and future public convenience and necessity.
- If approved, the Board would attach 157 conditions to the certificate of public convenience and necessity. The conditions dealt with a broad range of matters, including the safety and integrity of the pipeline, emergency preparedness and response and ongoing consultation with affected entities, including Indigenous communities.

VII. The decision of the Governor in Council

[69] On November 29, 2016, the Governor in Council issued the Order in Council, accepting the Board's recommendation that the Project be approved and directing the Board to issue a certificate of public convenience and necessity to Trans Mountain.

[70] The Order in Council contained a number of recitals, two of which are relevant to these applications. First, the Governor in Council stated its satisfaction "that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and the [Aboriginal] concerns and interests have been appropriately accommodated". Second, the Governor in Council accepted the Board's recommendation that the Project is required by present and future public convenience and necessity and that it will not likely cause significant adverse environmental effects.

[71] The Order in Council was followed by a 20-page explanatory note which was stated not to form part of the Order in Council. The Explanatory Note described the Project and its objectives and the review process before the National Energy Board, and summarized the issues raised before the Board. The Explanatory Note also dealt with matters that post-dated the Board's report and set out the government's "response to what was heard".

VIII. Factual background

A. Canada's consultation process

[72] The first step in the consultation process was determining the Indigenous groups whose rights and interests might be adversely impacted by the Project. In order to do this, a number of federal departments and the National Energy Board coordinated research and analysis on the proximity of Indigenous groups' traditional territories to elements of the Project, including the proposed pipeline right-of-way, the marine terminal expansion, and the designated shipping lanes. Approximately 130 Indigenous groups were identified, including all of the Indigenous applicants.

[73] On August 12, 2013, the National Energy Board wrote to the identified Indigenous groups to advise that Trans Mountain had filed a Project description on May 23, 2013, and to provide preliminary information about the upcoming review process. This letter also attached a letter from the Major Projects Management Office of Natural Resources Canada. The Major Projects Management Office's letter advised that Canada would rely on the National Energy Board's public hearing process:

to the extent possible, to fulfil any Crown duty to consult Aboriginal groups for the proposed Project. Through the [National Energy Board] process, the [Board] will consider issues and concerns raised by Aboriginal groups. The Crown will utilise the [National Energy Board] process to identify, consider and address the potential adverse impacts of the proposed Project on established or potential Aboriginal and treaty rights.

[74] In subsequent letters sent to Indigenous groups between August 2013 and February 19, 2016, the Major Projects Management Office directed Indigenous groups that could be impacted

by the Project to participate in and communicate their concerns through the National Energy Board public hearings. Additionally, Indigenous groups were advised that Canada viewed the consultation process to be as follows:

- i. Canada would rely, to the extent possible, on the Board's process to fulfil its duty to consult Indigenous peoples about the Project;
- ii. There would be four phases of Crown consultation:
 - a. "Phase I": early engagement, from the submission of the Project description to the start of the National Energy Board hearing;
 - b. "Phase II": the National Energy Board hearing, commencing with the start of the Board hearing and continuing until the close of the hearing record;
 - c. "Phase III": consideration by the Governor in Council, commencing with the close of the hearing record and continuing until the Governor in Council rendered its decision in relation to the Project; and
 - d. "Phase IV": regulatory authorization should the Project be approved, commencing with the decision of the Governor in Council and continuing until the issuance of department regulatory approvals, if required.
- iii. Natural Resources Canada's Major Projects Management Office would serve as the Crown Consultation Coordinator for the Project.
- iv. Following Phase III consultations, an adequacy of consultation assessment would be prepared by the Crown. The assessment would be based upon the depth of consultation owed to each Indigenous group. The depth of consultation owed would in turn be based upon the Project's potential impact on each group and the strength of the group's claim to potential or established Aboriginal or treaty rights.

[75] On May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups, including the applicants, to provide additional information on the scope and timing of Phase III Crown consultation. Indigenous groups were advised that:

- i. Canada intended to submit summaries of the concerns and issues Indigenous groups had brought forward to date and to seek feedback on the completeness and accuracy of the summaries. The summaries would be issued in the form of Information Requests, a Board hearing process explained below. Canada would also seek Indigenous groups' views on adverse impacts not yet addressed by Trans Mountain's mitigation measures. The Crown would use the information provided by Indigenous groups to "refine our current understanding of the potential impacts of the project on asserted or established Aboriginal or treaty rights."
- ii. Phase III consultation would focus on two questions:
 - a. Are there outstanding concerns with respect to Project-related impacts to potential or established Aboriginal or treaty rights?
 - b. Are there incremental accommodation measures that should be considered by the Crown to address any outstanding concerns?
- iii. Information made available to the Crown throughout each phase of the consultation process would be consolidated into a "Crown Consultation Report". "This report will summarize both the procedural aspects of consultations undertaken and substantive issues raised by Aboriginal groups, as well as how these issues may be addressed in the process". The section of the Crown Consultation Report dealing with each Indigenous group would be provided to the group for review and comment before the report was placed before the Governor in Council.
- iv. If Indigenous groups identified outstanding concerns there were a number of options which might "be considered and potentially acted upon." The options were described to be:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

(underlining added)

B. Prehearing matters and the Project application

[76] To facilitate participation in the National Energy Board hearing process, the Board operates a participant funding program. On July 22, 2013, the Board announced that it was making funding available under this program to assist landowners, Indigenous groups and other interested parties to participate in the Board's consideration of the Project. To apply for funding, a party required standing as an intervener in the Board's process.

[77] On July 29, 2013, the Board released its "list of issues" which identified the topics the Board would consider in its review of the Project. The following issues of relevance to these applications were included:

- the need for the proposed Project.
- the potential environmental and socio-economic effects of the proposed Project, including any cumulative environmental effects that were likely to result from the Project, including those the Board's Filing Manual required to be considered.
- the potential environmental and socio-economic effects of marine shipping activities that would result from the proposed Project, including the potential effects of accidents or malfunctions that might occur.
- the terms and conditions to be included in any recommendation to approve the Project that the Board might issue.
- the potential impacts of the Project on Indigenous interests.
- contingency plans for spills, accidents or malfunctions, during construction and operation of the Project.

[78] On September 10, 2013, the Board issued "Filing Requirements Related to the Potential Environmental and Socio-Economic Effects of Increased Marine Shipping Activities." This was

a guidance document intended to assist the proponent. The document described requirements that supplemented those set out in the Board's Filing Manual.

[79] In particular, this guidance document required Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions to deal with a number of things, including measures to reduce the potential for accidents and malfunctions, credible worst case spill scenarios together with smaller spill scenarios and information on the fate and behaviour of any spilled hydrocarbons. For all mitigation measures Trans Mountain proposed, it was required to describe the roles, responsibilities and capabilities of each relevant organization in implementing mitigation measures, and the level of care and control Trans Mountain would have in overseeing or implementing the measures.

[80] On December 16, 2013, Trans Mountain formally filed its application, seeking approval to construct and operate the Project.

C. The scoping decision and the hearing order

[81] On April 2, 2014, the Board issued a number of decisions setting the parameters of the Project's environmental assessment and establishing the hearing process for the Project. Three of these decisions are of particular relevance to these applications.

[82] First, the Board issued a hearing order which set out timelines and a process for the hearing. The hearing order did not allow any right of oral cross-examination. Instead, the hearing order provided a process whereby interveners and the Board could submit written interrogatories,

referred to as Information Requests, to Trans Mountain. The hearing order also set out a process for interveners and the Board to compel adequate responses to their Information Requests, an opportunity for Indigenous groups to provide oral traditional evidence, and allowed both written arguments in chief and summary oral arguments.

[83] Next, in the decision referred to as the “scoping” decision, the Board defined the “designated project” to be assessed, and described the factors to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (and the scope of each factor). In defining the “designated project”, the Board did not include marine shipping activities as part of the “designated project”. Rather, the Board stated that it would consider the effects of increased marine shipping under the *National Energy Board Act*. To the extent there was potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board would consider those effects under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[84] Finally, the Board ruled on participation rights in the hearing. The Board granted participation status to 400 interveners and 1,250 commentators. All of the applicants before the Court applied for, and were granted, intervener status. Additionally, a number of government departments were granted intervener status; both Health Canada and the Pacific Pilotage Authority were granted commentator status.

D. Challenges to the hearing order and the scoping decision

[85] Of relevance to issues raised in these applications are two challenges brought against the hearing order and the scoping decision.

[86] The first challenge requested that all evidence filed in the hearing be subject to oral cross-examination. The Board dismissed this request in Ruling No. 14. In Ruling No. 51, the Board dismissed motions seeking reconsideration of Ruling No. 14.

[87] The second challenge was brought by Tsleil-Waututh to aspects of both the hearing order and the scoping decision. Tsleil-Waututh asserted, among other things, that the Board erred in law by failing to include marine shipping activities in the Project description. This Court granted Tsleil-Waututh leave to appeal this and other issues. On September 6, 2016, this Court dismissed the appeal (2016 FCA 219). The dismissal of the appeal was expressly stated, at paragraph 21 of the Court's reasons, to be without prejudice to Tsleil-Waututh's right to raise the issue of the proper scope of the Project "in subsequent proceedings".

E. The TERMPOL review process

[88] In view of the Project's impact on marine shipping, it is useful to describe this process.

[89] Trans Mountain requested that the marine transportation components of the Project be assessed under the voluntary Technical Review Process of Marine Terminal Systems and Transshipment Sites (TERMPOL). The review process was chaired by Transport Canada and the

review committee was composed of representatives of other federal agencies and Port Metro Vancouver.

[90] The purpose of the review process was to objectively appraise operational vessel safety, route safety and cargo transfer operations associated with the Project, with a focus on improving, where possible, elements of the Project.

[91] The review committee did not identify regulatory concerns for the tankers, tanker operations, the proposed route, navigability, other waterway users or the marine terminal operations associated with tankers supporting the Project. It found that Trans Mountain's commitments to the existing marine safety regime would provide for a higher level of safety for tanker operations appropriate to the increase in traffic.

[92] The review committee also proposed certain measures to provide for a high level of safety for tanker operations. Examples of such proposed measures were the extended use of tethered and untethered tug escorts and the extension of the pilot disembarkation zone. Trans Mountain agreed to adopt each of the recommended measures.

[93] The TERMPOL report formed part of Transport Canada's written evidence before the National Energy Board.

F. The applicants' participation in the hearing before the Board

[94] The applicants, as interveners before the Board, were entitled to:

- issue Information Requests to Trans Mountain and others;
- file motions, including motions to compel adequate responses to Information Requests;
- file written evidence;
- comment on draft conditions; and,
- present written and oral summary argument.

[95] All of the applicants issued Information Requests, filed or supported motions and filed written evidence. Interveners who filed evidence were required to respond in writing to written questions about their evidence from the Board, Trans Mountain or other interveners.

[96] All of the applicants filed written submissions commenting on draft conditions except for the City of Vancouver and SSN.

[97] All of the applicants filed written arguments and all of the applicants except SSN delivered oral summary arguments.

[98] Indigenous interveners could adduce traditional Indigenous evidence, either orally or in writing. Oral evidence could be questioned orally by other interveners, Trans Mountain or the Board. Tsleil-Waututh, Squamish, Coldwater, SSN, and Upper Nicola provided oral, Indigenous traditional evidence. The Stó:lō Collective formally objected to the Board's procedure for introducing Indigenous oral traditional evidence and did not provide such evidence.

G. Participant funding

[99] As previously mentioned, the Board operated a participant funding program. Additional funding was available through the Major Projects Management Office and Trans Mountain.

[100] It is fair to say that the participant funding provided to the applicants by the Board and the Major Projects Management Office was generally viewed to be inadequate by them (see for example the affidavit of Chief Ian Campbell of the Squamish Nation). Concerns were also expressed about delays in funding. Funds provided by the Board could only be applied to work conducted after the funding was approved and a funding agreement was executed.

[101] The following funds were paid or offered.

1. Tsleil-Waututh Nation

[102] Tsleil-Waututh requested \$766,047 in participant funding. It was awarded \$40,000, plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered to pay \$14,000 for consultation following the close of the hearing record and \$12,000 following the release of the Board's report. These offers were not accepted.

2. The Squamish Nation

[103] Squamish applied for \$293,350 in participant funding. It was awarded \$44,720, plus travel costs for one person to attend the hearing. The Major Projects Management Office offered

\$12,000 for consultations following the close of the Board's hearing record, and \$14,000 to support participation in consultations following the release of the Board's report. These funds were paid.

3. Coldwater Indian Band

[104] Coldwater was awarded \$48,490 in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered an additional \$52,000 in participant funding.

4. The Stó:lō Collective

[105] The Stó:lō Collective was awarded \$42,307 per First Nation band in participant funding from the Board. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$4,615.38 per First Nation band for consultation following the close of the Board's hearing record, and \$5,384.61 per First Nation band following the release of the Board's report.

5. Upper Nicola Band

[106] Upper Nicola was awarded \$40,000 plus travel costs for two members to attend the hearing and an additional \$10,000 in special funding through the Board's participant funding program. Additionally, the Major Projects Management Office offered Upper Nicola Band and the Okanagan Nation Alliance \$11,977 and \$24,000 respectively in participant funding for consultations following the close of the Board's hearing record. The Okanagan Nation Alliance was offered an additional \$26,000 following the release of the Board's report.

6. SSN

[107] SSN applied for participant funding in excess of \$300,000 in order to participate in the Board's hearing. It was awarded \$36,920 plus travel costs for two members to attend the hearing. Additionally, the Major Projects Management Office offered \$18,000 in participation funding for consultations following the close of the Board's hearing record and \$21,000 for consultations following the release of the Board's report.

7. Raincoast Conservation Foundation and Living Oceans Society

[108] Raincoast was awarded \$111,100 plus travel costs for two people to attend the hearing from the Board's participant funding program. Living Oceans was awarded \$89,100 plus travel costs for two persons to attend the hearing through the participant funding program.

H. Crown consultation efforts—a brief summary

1. Phase I (from 2013 to April 2014)

[109] In this initial engagement phase some correspondence was exchanged between the Crown and some of the Indigenous applicants. Canada does not suggest that any of this correspondence contained any discussion about any substantive matter.

2. Phase II (from April 2014 to February 2016)

[110] During the Board's hearing process and continuing until the close of its hearing record, Canada continued to exchange correspondence with some of the Indigenous applicants.

Additionally, some informational meetings were held; however, these meetings did not allow for any substantive discussion about any group's title, rights or interests, or the impact of the Project on the group's title, rights or interests.

[111] To illustrate, Crown representatives met with Squamish officials on September 11, 2015, and November 27, 2015. At these meetings Squamish raised a number of concerns, including its concerns that Squamish had not been involved in the design of the consultation process, that the consultation process was inadequate to assess impacts on Squamish rights and title and that inadequate funding was provided for participation in the Board's hearing. Squamish also expressed confusion about the respective roles of the Board and Trans Mountain in consultations with Squamish.

[112] Similarly, informational meetings were held with the Stó:lō Collective on July 18, 2014 and December 3, 2015. Again, no substantive discussion took place about Stó:lō's title, rights and interests or the impact of the Project thereon. The Stó:lō also expressed their concerns about the consultation process, including their concerns that the Board failed to compel Trans Mountain to respond adequately to Information Requests and the lack of specificity of the Board's draft terms and conditions.

[113] Informational hearings of this nature were also held with Upper Nicola and SSN in 2014.

[114] It is fair to say that in Phase II Canada continued to rely upon the National Energy Board process to fulfil the Crown's duty to consult. Canada's efforts in Phase II were largely directed to

using the Information Request process to solicit concerns and potential mitigation measures from First Nations. Canada prepared tables to record potential Project impacts and concerns and to record and monitor whether those potential impacts and concerns were addressed in Trans Mountain's commitments, the Board's draft terms and conditions or other mitigation measures.

3. Phase III (February to November 2016)

[115] Crown representatives met with all of the Indigenous applicants in Phase III. Generally, the Indigenous applicants expressed dissatisfaction with the National Energy Board process and the Crown's reliance on that process. Individual concerns raised by individual Indigenous applicants will be discussed in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

[116] Towards the latter part of Phase III, on August 16, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly sent a letter to Indigenous groups confirming that they were responsible for conducting consultation efforts for the Project, and that they were coordinating by participating in joint consultation meetings, sharing information and by preparing the draft "Joint Federal/Provincial Consultation and Accommodation Report for the Trans Mountain Expansion Project" (Crown Consultation Report).

[117] Canada summarized its consultation efforts in the Crown Consultation Report, which included appendices specific to individual Indigenous groups. Indigenous groups were generally provided with a first draft of the Crown Consultation Report, together with the appendix relevant

to that group, in August of 2016. Comments and corrections were to be provided in September 2016. A second draft of the Crown Consultation Report, together with relevant appendices, was provided to Indigenous groups in November of 2016, with comments due by mid-November.

I. Post National Energy Board report events

1. The Interim Measures for Pipeline Reviews

[118] On January 27, 2016, Canada introduced this initiative as part of a strategy to review Canada's environmental assessment processes. The Interim Measures set out five guiding principles to guide the approval of major pipeline projects:

- i. No proponent would be required to return to the beginning of the approval process. That is, no proponent would be required to begin the approval process afresh.
- ii. Decisions about pipeline approval would be based on science, traditional knowledge of Indigenous peoples and other relevant evidence.
- iii. The views of the public and affected communities would be sought and considered.
- iv. Indigenous peoples would be meaningfully consulted, and, where appropriate, accommodated.
- v. The direct and upstream greenhouse gas emissions linked to a project under review would be assessed.

[119] Canada advised that it planned to apply the Interim Measures to the Project and that in order to do so it would: undertake deeper consultations with Indigenous peoples and provide funding to support participation in these deeper consultations; assess the upstream gas emissions associated with the Project and make this information public; and, appoint a ministerial

representative to engage local communities and Indigenous groups in order to obtain their views and report those views back to the responsible Minister.

[120] The Minister of Natural Resources sought and obtained a four-month extension of time to permit implementation of the Interim Measures. The deadline for the Governor in Council to make its decision on Project approval was, therefore, on or before December 19, 2016.

2. The Ministerial Panel

[121] On May 17, 2016, the Minister announced he was striking a three-member independent Ministerial Panel that would engage local communities and Indigenous groups as contemplated in Canada's implementation of the Interim Measures for the Project.

[122] The Ministerial Panel held a series of public meetings in Alberta and British Columbia, received emails and received responses to an online questionnaire. The Ministerial Panel submitted its report to the Minister on November 1, 2016, in which it identified six "high-level questions" that "remain unanswered" that it commended to Canada for serious consideration.

[123] The report of the Ministerial Panel expressly stated that the panel's work was "not intended as part of the federal government's concurrent commitment to direct consultation with First Nations" and that "full-scale consultation" was never the intent of the panel "especially in the case of First Nations, where the responsibility for consultation fell elsewhere". It follows that no further consideration of the Ministerial Panel is required in the context of consideration of the adequacy of Canada's consultation efforts.

3. Greenhouse gas assessment

[124] For completeness, I note that in November 2016, Environment Canada did publish an assessment estimating the upstream greenhouse gas emissions from the Project.

IX. The issues to be determined

[125] Broadly speaking, the applicants' submissions require the Court to address the following questions.

[126] First, is there merit in any of the preliminary issues raised by the parties?

[127] Second, under the applicable legislative scheme, can the report of the National Energy Board be judicially reviewed?

[128] Finally, should the decision of the Governor in Council be set aside? This in turn requires the Court to consider:

- i. What is the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council?
- ii. Did the Governor in Council err in determining whether the Board's process of assembling, analyzing, assessing and studying the evidence before it was so deficient that the report submitted by it to the Governor in Council did not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*? This will require the Court to consider:
 - a. was the process adopted by the Board procedurally fair?
 - b. did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

- c. did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29?
 - d. did the Board impermissibly fail to decide certain issues before it recommended approval of the Project?
 - e. did the Board impermissibly fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?
- iii. Did the Governor in Council fail to comply with the statutory requirement to give reasons?
 - iv. Did the Governor in Council err by concluding that the Indigenous applicants were adequately consulted and, if necessary, accommodated?

X. Consideration of the issues

A. The preliminary issues

[129] Before turning to the substantive issues raised in this application it is necessary to deal with three preliminary issues raised by the parties. They may be broadly characterized as follows.

[130] First, as described above, a number of the applicants commenced applications challenging the report of the National Energy Board. Trans Mountain moves to strike on a preliminary basis the six applications for judicial review commenced in respect of the report of the National Energy Board on the ground that the report is not amenable to judicial review.

[131] Second, the applicants ask that the two affidavits sworn on behalf of Trans Mountain by Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight on a number of grounds, including that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits.

[132] Finally, the applicants object to the “Consultation Chronologies” found in Canada’s compendium.

1. Trans Mountain’s motion to strike

[133] In *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraph 125, this Court concluded that applications for judicial review do not lie against reports made pursuant to section 52 of the *National Energy Board Act* recommending whether a certificate of public convenience and necessity should issue for all or any portion of a pipeline. Accordingly, Trans Mountain seeks orders striking the six notices of application (listed above at paragraph 51) that challenge the Board’s report.

[134] A comparison of the parties enumerated in paragraph 51 with those parties who challenge the decision of the Governor in Council (enumerated in paragraph 52) shows that all but one of the applicants who challenge the report of the National Energy Board also challenge the decision of the Governor in Council. For reasons not apparent on the record, the City of Vancouver elected to challenge only the report of the Board.

[135] The City of Vancouver, supported by the City of Burnaby, Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, responds to Trans Mountain by arguing that *Gitxaala* was wrongly decided on this point and that in any event, the applications should not be struck on a preliminary basis.

[136] Those applicants who challenge both decisions are able to argue, and do argue, that in *Gitxaala* this Court determined that the decision of the Governor in Council cannot be

considered in isolation from the Board's report; it is for the Governor in Council to determine whether the process followed by the Board in assembling, analyzing, assessing, and studying the evidence before it was so deficient that its report does not qualify as a "report" within the meaning of the *National Energy Board Act*.

[137] Put another way, a statutory pre-condition for a valid Order in Council is a report from the Board prepared in accordance with all legislative requirements. The Governor in Council is therefore required to be satisfied that the report was prepared in accordance with the governing legislation. This makes practical sense as well because the Board's report formed the factual basis for the decision of the Governor in Council.

[138] It is in the context of these arguments that I turn to consider whether the applications should be struck on a preliminary basis.

[139] The jurisprudence of this Court is uniformly to the effect that motions to strike applications for judicial review are to be resorted to sparingly: see, for example, *Odynsky v. League for Human Rights of B'Nai Brith Canada*, 2009 FCA 82, 387 N.R. 376, at paragraph 5, citing *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C.R. 588, (1994), 176 N.R. 48.

[140] The rationale for this approach is that judicial review proceedings are designed to proceed with celerity; motions to strike carry the potential to unduly and unnecessarily delay the

expeditious determination of an application. Therefore justice is better served by allowing the Court to deal at one time with all of the issues raised by an application.

[141] This rationale is particularly applicable in the present case where striking the applications would still leave intact the ability of all but one of the applicants to argue the asserted flaws in the Board's report in the context of the Court's review of the decision of the Governor in Council. Little utility would be achieved in deciding the motions when the arguments in support of them will be considered now, in the Court's determination of the merits of the applications.

[142] For this reason, in the exercise of my discretion I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the applications brought challenging the report of the National Energy Board. I deal with the merits of the argument that the report is not amenable to judicial review below at paragraph 170 and following.

2. The applicants' motion asking that the two affidavits of Robert Love, or portions thereof, be struck or given no weight

[143] The applicants argue that the Love affidavits, or portions thereof, should be struck or given no weight on three grounds. First, the applicants argue that Mr. Love had no personal knowledge of the bulk of the matters sworn to in his affidavits so that his evidence should be disregarded as inadmissible hearsay. Second, the applicants argue that the affidavits contain irrelevant and impermissible evidence about Trans Mountain's engagement and consultations with the Indigenous applicants. Finally, the applicants argue that the second affidavit impermissibly augments the evidence that was before the Board and the Governor in Council.

(a) The hearsay objection

[144] In both impugned affidavits Mr. Love swore that “I have personal knowledge of the matters in this Affidavit, except where stated to be based on information and belief, in which case I believe the same to be true.” Notwithstanding this statement, on cross-examination, Mr. Love admitted that his first affidavit was based almost entirely on facts of which he had no personal knowledge and that his affidavit failed to disclose that he relied on information and belief to assert those facts. He largely relied on Trans Mountain’s lawyers to prepare the paragraphs of his affidavit of which he had no direct knowledge. The basis of his belief that his affidavit was truthful and accurate was his “trust in other people”. He frequently admitted that there were other Trans Mountain employees who had direct knowledge of the matters set out in his affidavit (cross-examination of Robert Love, June 19, 2017, by counsel for the City of Burnaby, page 14, line 17 to page 50, line 8).

[145] Similarly, under cross-examination Mr. Love admitted that he had no personal knowledge of the contents of his second affidavit which dealt with Trans Mountain’s consultation with Squamish (cross-examination Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Squamish, page 2, line 7 to page 11, line 4). When cross-examined by counsel for Coldwater, Mr. Love admitted that he was “largely” not involved with Trans Mountain’s engagement with Coldwater. Rather, “[i]t was the aboriginal engagement team who did the communications.” (cross-examination of Robert Love, June 22, 2017, by counsel for Coldwater, page 2, line 9 to page 2, line 21).

[146] Mr. Love is the Manager, Land and Rights-of-Way for Kinder Morgan Canada Inc., a company related to Trans Mountain. During his cross-examination by counsel for Squamish he described his role to be responsible for securing “all of the private land interest for the Trans Mountain Expansion Project and to obtain all utility crossings”. He was also responsible “for undertaking the land rights necessary to go through about 10 reserves that we have agreements with.” Later, on his cross-examination, he explained that prior to swearing his affidavit he “sat down with Regan Schlecker and went through most of the First Nation’s engagement and high-level [government] engagements that were happening here” because he had no direct involvement in those engagements. Regan Schlecker was Trans Mountain’s Aboriginal affairs manager.

[147] On the basis of Mr. Love’s many admissions the applicants argue that Mr. Love’s evidence should be struck or given no weight.

[148] Trans Mountain argues in response that the City of Burnaby failed to object to the Love affidavits on a timely basis. It also argues that on judicial review the parties can provide background explanations and summaries regarding the administrative proceeding below and that no applicant points to any important statements in the affidavits that were shown to be based on hearsay.

[149] I begin by rejecting Trans Mountain’s argument that the arguments raised by Burnaby were raised too late and so should not be considered. While Burnaby may well not have raised its hearsay objection on a timely basis (see the order of the case management Judge issued on July

25, 2017), both the City of Vancouver and Squamish did object to the Love affidavits on a timely basis. Squamish adopts Burnaby's objections (Squamish's memorandum of fact and law, paragraph 133) and the City of Vancouver relies upon the cross-examination of Mr. Love conducted by counsel for Burnaby (Vancouver's memorandum of fact and law, paragraph 109). On this basis, in my view, Burnaby's arguments are properly before the Court.

[150] With respect to Trans Mountain's argument on the merits, I begin by noting that to the extent background statements and summaries are admissible on an application for judicial review, this admissibility is for the sole and limited purpose of orienting the reviewing Court. In any event and more importantly, affidavits must always fully and candidly disclose if an affiant is relying on information and belief and what portions of the affidavit are based on information and belief. In that event, the affiant must disclose both the sources of the information relied upon and the bases for the affiant's belief in the truth of the information sworn to. This was not done in the present case.

[151] Notwithstanding this failure, I do not see the need to strike portions of the Love affidavits. The affidavits are relevant for the purpose of orienting the Court. However, it is unsafe to rely on the contents of the Love affidavits for the purpose of establishing the truth of their contents unless Mr. Love had personal knowledge of a particular fact or matter. Because Mr. Love did not demonstrate any material, personal knowledge of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants, and because there is no explanation as to why an individual directly involved in that engagement could not have provided evidence, evidence of

Trans Mountain's engagement must come from other sources—such as the consultation logs Trans Mountain placed in evidence before the Board.

[152] As I have determined that it is unsafe except in limited circumstances to rely upon the contents of the Love affidavits to establish the truth of their contents, it is unnecessary for me to consider the applicants' objection to the second affidavit on the ground that it impermissibly supplemented the consultation logs in evidence before the Board.

(b) Relevance of evidence of Trans Mountain's engagement with the Indigenous applicants

[153] In answer to an Information Request issued by Squamish inquiring whether Canada delegated any procedural aspects of consultation to Trans Mountain, Canada responded:

The Crown has not delegated the procedural aspects of its duty to consult to Trans Mountain. The Crown does rely on the [National Energy Board] review process to the extent possible to fulfill this duty, a process that requires the proponent to work with and potentially accommodate Aboriginal groups impacted by the project. The [National Energy Board] filing manual provides information to the proponent on the requirement to engage potentially affected Aboriginal groups. This does not constitute delegation of the duty to consult.

(underlining added)

[154] Based on this response, the Indigenous applicants argue that evidence of Trans Mountain's engagement with them is irrelevant. It is necessary to consider this submission because it is an issue that transcends the Love affidavits—there is other evidence of Trans Mountain's engagement.

[155] I accept Trans Mountain's submission that proper evidence of its engagement with the Indigenous applicants is relevant. I reach this conclusion for the following reasons.

[156] First, the Indigenous applicants were informed by the Major Projects Management Office's letter of August 12, 2013, that Canada would rely on the Board's public hearing process "to the extent possible" to fulfil the Crown's duty to consult. As Canada noted in its response to the Information Request, the Board's hearing process required Trans Mountain to work with, and potentially accommodate, Indigenous groups impacted by the Project. Thus the Major Projects Management Office's August 12 letter encouraged Indigenous groups with Project-related concerns to discuss those concerns directly with Trans Mountain. Unresolved concerns were to be directed to the National Energy Board. It follows from this that the Indigenous applicants were informed before the commencement of the Board's hearing process that the Board and, in turn, Canada would rely in part on Trans Mountain's engagement with them.

[157] Thereafter, the Board required Trans Mountain "to make all reasonable efforts to consult with potentially affected Aboriginal groups and to provide information about those consultations to the Board." The Board expressly required this information to include "evidence on the nature of the interests potentially affected, the concerns that were raised and the manner and degree to which those concerns have been addressed. Trans Mountain was expected to report to the Board on all Aboriginal concerns that were expressed to it, even if it was unable or unwilling to address those concerns". (Report of the National Energy Board, page 46).

[158] Trans Mountain's consultation was guided by the Board's Filing Manual requirements and directions given by the Board during the Project Description phase.

[159] This demonstrates that Trans Mountain's consultation was central to the decision of the Board. Therefore, evidence of Trans Mountain's efforts is relevant.

[160] My second reason for finding proper evidence of Trans Mountain's engagement to be relevant is that, consistent with Canada's response to Squamish's Information Request, a review of the Crown Consultation Report shows that in Section 3 Canada summarized "the procedural elements and chronology of Aboriginal consultations and engagement activities undertaken by the proponent, the [Board] and the Crown." Elements of Trans Mountain's engagement were summarized in the Crown Consultation Report, and therefore put before the Governor in Council so it could assess the adequacy of consultation. Elements that were summarized include Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program and the Mutual Benefit Agreements Trans Mountain entered into with Indigenous groups. Trans Mountain's Aboriginal Engagement Program was noted to have provided approximately \$12 million in capacity funding to potentially affected groups. As well, Trans Mountain provided funding to conduct traditional land and resource use and traditional marine resource use studies. As for the Mutual Benefit Agreements, as of November 2016, Canada was aware that 33 potentially affected Indigenous groups had signed such agreements with Trans Mountain. These included a letter of support for the Project.

[161] Canada's reliance on Trans Mountain's engagement also makes evidence about that engagement relevant.

[162] Finally on this point, some Indigenous applicants assert that Trans Mountain's engagement efforts were inadequate. Evidence of Trans Mountain's engagement, including its provision of capacity funding, is relevant to this allegation and to the issue of the adequacy of available funding.

3. Canada's compendium—The Consultation Chronologies

[163] In its compendium, Canada included schedules in the form of charts (referred to as "Consultation Chronologies") which describe events said to have taken place. The Indigenous applicants assert that the schedules are interpretive, inaccurate, and incomplete and that they should not be received by the Court for two reasons.

[164] First, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies summarize the facts as perceived by the Crown. As such, the material should have appeared in Canada's affidavit and in its memorandum of fact and law. It is argued that Canada should not be permitted to circumvent page length restrictions on the length of its memorandum by creating additional resources in its compendium.

[165] Second, the Indigenous applicants argue that the Consultation Chronologies are not evidence. Instead, the summaries are newly created documents that were not before the Board or

the Governor in Council. Their admission is also argued to be prejudicial to the Indigenous applicants.

[166] Canada responds that, as the case management Judge noted in his direction of September 7, 2017, “parties often include material in their compendia as an aid to argument. As long as the aid to argument is brief and helpful and is not anything resembling a memorandum of fact and law and as long as the aid to argument presents or is based entirely upon facts and data from the evidentiary record without adding to it, hearing panels of this Court usually permit it. Of course, there is a limit to this.”

[167] I agree with the Indigenous applicants that the Consultation Chronologies must be approached with caution. For example, the Consultation Chronology in respect of the Coldwater Indian Band recites that on May 3, 2016, Canada emailed Coldwater a letter dated November 3, 2015 sent in response to Coldwater’s letter of August 20, 2015. The Consultation Chronology also recites that the letter contained an offer to meet with Coldwater to discuss the consultation process and Project-related issues. However, Coldwater points to the sworn evidence of its Chief Councillor to the effect that the November 3, 2015 letter did not actually address the concerns detailed in Coldwater’s letter of August 20, 2015, and that the meeting was never arranged because the November 3, 2015 letter was not provided to Coldwater until May 3, 2016.

[168] Thus, I well understand the concern of the Indigenous applicants. This said, this Court’s understanding of the evidence is not based upon a summary in chart form which briefly summarizes the consultation process. The Court will base its decision upon the evidentiary

record properly before it, which includes the record before the Board and the Governor in Council, the affidavits sworn in this proceeding, the cross-examinations thereon, the statement of agreed facts, and the contents of the agreed book of documents. The sole permissible use of the Consultation Chronologies is as a form of table of contents or finding aid that directs a reader to a particular document in the record. On the basis of this explanation of the limited permissible use of the Consultation Chronologies there is no need to strike them, a point conceded by counsel for Coldwater and Squamish in oral argument.

[169] For completeness, I note that Upper Nicola moved on a preliminary basis to strike portions of the second Love affidavit on the ground that the affidavit impermissibly recited confidential information. That motion is the subject of brief, confidential reasons issued contemporaneously with these reasons. After the parties to the motion have the opportunity to make submissions, a public version of the confidential reasons will issue.

B. Is the report of the National Energy Board amenable to judicial review?

[170] While I would dismiss Trans Mountain's motion to strike the application on a preliminary basis, because some applicants do challenge the report of the National Energy Board it is necessary to decide whether judicial review lies, notwithstanding this Court's conclusion to the contrary in *Gitxaala*.

[171] The applicants who argue that, contrary to *Gitxaala*, the Board's report is amenable to judicial review acknowledge the jurisprudence of this Court to the effect that the test applied for overruling a decision of another panel of this Court is whether the previous decision is

“manifestly wrong” in the narrow sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed: see, for example, *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, at paragraph 10. The applicants argue that *Gitxaala* was manifestly wrong in deciding that the Board’s report was not justiciable. The specific errors asserted are:

- a. *Gitxaala* was manifestly wrong in holding that only “decisions about legal or practical interests are judicially reviewable”. The Court did not address case law that has interpreted subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7 more broadly.
- b. The Court failed to deal with the prior decision of this Court in *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 71, 390 D.L.R. (4th) 376.
- c. The Court failed to deal with prior jurisprudence of the Federal Court and this Court which did review environmental assessment reports prepared by a joint review panel.
- d. The Court referred to provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that were inapplicable.
- e. The *Gitxaala* decision impermissibly thwarts the right to seek judicial review of the decision of the National Energy Board.

[172] I will deal with each argument in turn after first reviewing this Court’s analysis in *Gitxaala*.

1. The decision of this Court in *Gitxaala*

[173] The Court’s consideration of the justiciability of the report of the Joint Review Panel began with its detailed analysis of the legislative scheme (reasons, paragraphs 99 to 118). The Court then turned to consider the proper characterization of the legislative scheme, which the

Court described to be “a complete code for decision-making regarding certificate applications.”

The Court then reasoned:

[120] The legislative scheme shows that for the purposes of review the only meaningful decision-maker is the Governor in Council.

[121] Before the Governor in Council decides, others assemble information, analyze, assess and study it, and prepare a report that makes recommendations for the Governor in Council to review and decide upon. In this scheme, no one but the Governor in Council decides anything.

[122] In particular, the environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* plays no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council so it can consider the content of any decision statement and whether, overall, it should direct that a certificate approving the project be issued.

[123] This is a different role—a much attenuated role—from the role played by environmental assessments under other federal decision-making regimes. It is not for us to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in this legislative scheme. Rather, we are to read legislation as it is written.

[124] Under this legislative scheme, the Governor in Council alone is to determine whether the process of assembling, analyzing, assessing and studying is so deficient that the report submitted does not qualify as a “report” within the meaning of the legislation:

- In the case of the report or portion of the report setting out the environmental assessment, subsection 29(3) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* provides that it is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 30 and 31.” Sections 30 and 31 provide for review of the report by the Governor in Council and, if the Governor in Council so directs, reconsideration and submission of a reconsideration report by the Governor in Council.
- In the case of the report under section 52 of the *National Energy Board Act*, subsection 52(11) of the *National Energy Board Act* provides that it too is “final and conclusive,” but this is “[s]ubject to sections 53 and 54.” These sections empower the Governor in Council to consider the report and decide what to do with it.

[125] In the matter before us, several parties brought applications for judicial review against the Report of the Joint Review Panel. Within this legislative

scheme, those applications for judicial review did not lie. No decisions about legal or practical interests had been made. Under this legislative scheme, as set out above, any deficiency in the Report of the Joint Review Panel was to be considered only by the Governor in Council, not this Court. It follows that these applications for judicial review should be dismissed.

[126] Under this legislative scheme, the National Energy Board also does not really decide anything, except in a formal sense. After the Governor in Council decides that a proposed project should be approved, it directs the National Energy Board to issue a certificate, with or without a decision statement. The National Energy Board does not have an independent discretion to exercise or an independent decision to make after the Governor in Council has decided the matter. It simply does what the Governor in Council has directed in its Order in Council.

(underlining added)

[174] Having reviewed *Gitxaala*, I now turn to the asserted errors.

2. Was *Gitxaala* wrongly decided on this point?

(a) Did the Court err by stating that only “decisions about legal or practical interests” are judicially reviewable?

[175] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” (underlining added). In *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, this Court considered the scope of subsection 18.1(1) as follows:

[24] Subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act* provides that 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.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order,” but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 of the Federal Courts Act: Krause v. Canada, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing,” a failure, refusal or delay to do an “act or thing,” a “decision,” an “order” and a “proceeding.” Finally, the rules that govern applications for judicial review apply

to “applications for judicial review of administrative action,” not just applications for judicial review of “decisions or orders”: Rule 300 of the *Federal Courts Rules*.

...

[28] The jurisprudence recognizes many situations where, by its nature or substance, an administrative body’s conduct does not trigger rights to bring a judicial review.

[29] One such situation is where the conduct attacked in an application for judicial review fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects: *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488; *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commission*, 2009 FCA 15, (2009), 86 Admin. L.R. (4th) 149.

(underlining added)

[176] To similar effect, in *Democracy Watch v. Conflict of Interest and Ethics Commissioner*, 2009 FCA 15, 387 N.R. 365, the Court wrote, at paragraph 10, that when “administrative action does not affect an applicant’s rights or carry legal consequences, it is not amenable to judicial review”.

[177] On the basis of these authorities the City of Vancouver, supported by the City of Burnaby and Raincoast and Living Oceans, argues that this Court erred by writing in paragraph 125 in *Gitxaala* that only “decisions about legal or practical interests” are reviewable. The Court is said to have overlooked the established jurisprudence to the effect that “matter” as used in subsection 18.1(1) denotes a broader category than merely decisions.

[178] In my view, when the Court’s analysis in *Gitxaala* is read in its entirety no such statement was made and no such error was made.

[179] In *Gitxaala*, the Court found that the only action to carry legal consequences was the decision of the Governor in Council. The environmental assessment conducted by the Joint Review Panel under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not affect legal rights or carry legal consequences. Instead, the assessment played “no role other than assisting in the development of recommendations submitted to the Governor in Council” (reasons, paragraph 122). The same could be said of the balance of the report prepared pursuant to the requirements of the *National Energy Board Act*.

[180] Put another way, on the basis of the legislative scheme enacted by Parliament, the report of the Joint Review Panel constituted a set of recommendations to the Governor in Council that lacked any independent legal or practical effect. It followed that judicial review did not lie from it.

[181] Both the determination about the effect of the report of the Joint Review Panel and the conclusion that it was not justiciable were wholly consistent with *Air Canada* and *Democracy Watch*. It was therefore unnecessary for the Court to expressly deal with these decisions, or with subsection 18.1(1).

[182] To complete this analysis, I note that the City of Vancouver also argues that it was prejudiced because the report of the National Energy Board did not comply with section 19 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and because the Board’s process was unfair. However, any detrimental effects upon the City of Vancouver could have been remedied through a challenge to the decision of the Governor in Council; the City has not asserted that it suffered

any prejudice in the interval between the issuance of the Board's report and the issuance of the Order in Council by the Governor in Council.

(b) *Forestethics Advocacy v. Canada (Attorney General)*

[183] In this decision, a single Judge of this Court decided whether this Court or the Federal Court had jurisdiction to entertain applications for judicial review brought in respect of the Report of the Joint Review Panel for the Enbridge Northern Gateway Project. Justice Sharlow found jurisdiction to lie in this Court. The City of Vancouver argues that implicit in this decision is the conclusion the reports prepared by joint review panels under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* are judicially reviewable.

[184] I respectfully disagree. At issue in *Forestethics* was the proper interpretation of section 28 of the *Federal Courts Act*. The Court made no finding about whether the report is amenable to judicial review—its only finding was that the propriety of the report (which would include whether it was amenable to judicial review) was a matter for this Court, not the Federal Court.

(c) The jurisprudence which reviewed environmental assessment reports

[185] The City of Vancouver also points to jurisprudence in which environmental assessment reports prepared by joint review panels were judicially reviewed, and argues that this Court erred by failing to deal with this jurisprudence. The authorities relied upon by Vancouver are: *Alberta Wilderness Assn. v. Cardinal River Coals Ltd.*, [1999] 3 F.C. 425, 15 Admin. L.R. (3d) 25, (F.C.); *Friends of the West Country Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [2000]

2 F.C.R. 263, (1999), 169 F.T.R. 298 (C.A.); *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 302, 80 Admin. L.R. (4th) 74; *Grand Riverkeeper, Labrador Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1520, 422 F.T.R. 299; and, *Greenpeace Canada v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 463, 455 F.T.R. 1, rev'd on appeal, 2015 FCA 186, 475 N.R. 247.

[186] All of these authorities predate *Gitxaala*. They do not deal with the “complete code” of legislation that was before the Court in *Gitxaala*. But, more importantly, in none of these decisions was the availability of judicial review put in issue—this availability was assumed. In *Gitxaala* the Court reviewed the legislative scheme and explained why the report of the Joint Review Panel was not justiciable. The Court did not err by failing to refer to case law that had not considered this issue.

- (d) The reference to inapplicable provisions of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*

[187] The City of Vancouver also argues that *Gitxaala* is distinguishable because it dealt with section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, a provision that has no application to the process at issue here. The City also notes that *Gitxaala*, at paragraph 124, referred to sections 30 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. These sections are said not to apply to the Joint Review Panel at issue in *Gitxaala*.

[188] I accept that pursuant to subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* the environmental assessment of the Northern Gateway project (at issue in *Gitxaala*)

was continued under the process established under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Subsection 126(1) specified that such continuation was to be as if the assessment had been referred to a review panel under section 38 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Joint Review Panel which continued the environmental assessment was considered to have been established under section 40 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[189] It followed that sections 29 through 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* did not apply to the Northern Gateway project, and ought not to have been referenced by the Court in *Gitxaala* in its analysis of the legislative scheme.

[190] This said, the question that arises is whether these references were material to the Court's analysis. To assess the materiality, if any, of this error I begin by reviewing the content of the provisions said to be erroneously referred to in *Gitxaala*.

[191] Section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, discussed above at paragraph 62, requires a responsible authority to ensure that its environmental assessment report sets out its recommendation to the Governor in Council concerning the decision the Governor in Council must make under paragraph 31(1)(a) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. Section 30 allows the Governor in Council to refer any recommendation made by a responsible authority back to the responsible authority for reconsideration. Section 31 sets out the options available to the Governor in Council after it receives a report from a responsible authority. Paragraph 31(1)(a), discussed at paragraph 67 above, sets out the three choices

available to the Governor in Council with respect to its assessment of the likelihood that a project will cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects can be justified.

[192] These provisions, without doubt, do apply to the Project at issue in these proceedings. Therefore, the Project is to be assessed under the legislative scheme analyzed in *Gitxaala*. It follows that *Gitxaala* cannot be meaningfully distinguished.

[193] As to the effect, if any, of the erroneous references in *Gitxaala*, the statutory framework applicable to the Northern Gateway project originated in three sources: the *National Energy Board Act*; the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and, transitional provisions found in section 104 of the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c.19 (Jobs Act).

[194] Provisions relevant to the present analysis are:

- subsection 104(3) of the Jobs Act which required the Joint Review Panel to set out in its report an environmental assessment prepared under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*;
- subsection 126(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* which continued the environmental assessment under the process established under that Act; and,
- paragraph 104(4)(a) of the Jobs Act which made the Governor in Council the decision-maker under section 52 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* (thus, it was for the Governor in Council to determine if the Project was likely to cause significant adverse environmental effects and, if so, whether such effects could be justified).

[195] These provisions are to the same effect as sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I dismiss the relevance of section 30 to this analysis because it had no application to the environmental assessment under review in *Gitxaala*. Further, and more importantly, section 30 played no significant role in the Court's analysis.

[196] It follows that the analysis in *Gitxaala* was based upon a proper understanding of the legislative scheme, notwithstanding the Court's reference to sections 29 and 31 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* instead of the applicable provisions.

[197] Put another way, the error was in no way material to the Court's analysis of the respective roles of the Joint Review Panel, which prepared the report to the Governor in Council, and the Governor in Council, which received the panel's recommendations and made the decisions required under the legislative scheme.

[198] Indeed, the technical nature of the erroneous references was acknowledged by Raincoast in its application for leave to appeal the *Gitxaala* decision to the Supreme Court of Canada. At paragraph 49 of its memorandum of argument it described the Court's error to be "technical in nature" (Trans Mountain's Compendium, volume 2, tab 35). To the same effect, Vancouver does not argue that the Court's error was material to its analysis. Vancouver simply notes the error in footnote 118 of its memorandum of fact and law.

[199] Accordingly, I see no error in the *Gitxaala* decision that merits departing from its analysis.

- (e) *Gitxaala* thwarts review of the decision of the National Energy Board

[200] Finally, Vancouver argues that subsection 54(1) of the *National Energy Board Act* and 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* both make the Board's report a prerequisite to the decision of the Governor in Council. As the Governor in Council is not an adjudicative body, meaningful review must come in the form of judicial review of the report of the Board. The decision in *Gitxaala* thwarts such review.

[201] I respectfully disagree. As this Court noted in *Gitxaala* at paragraph 125, the Governor in Council is required to consider any deficiency in the report submitted to it. The decision of the Governor in Council is then subject to review by this Court under section 55 of the *National Energy Board Act*. The Court must be satisfied that the decision of the Governor in Council is lawful, reasonable and constitutionally valid. If the decision of the Governor in Council is based upon a materially flawed report the decision may be set aside on that basis. Put another way, under the legislation the Governor in Council can act only if it has a "report" before it; a materially deficient report, such as one that falls short of legislative standards, is not such a report. In this context the Board's report may be reviewed to ensure that it was a "report" that the Governor in Council could rely upon. The report is not immune from review by this Court and the Supreme Court.

- (f) Conclusion on whether the report of the National Energy Board is amenable to judicial review

[202] For these reasons, I have concluded that the report of the National Energy Board is not justiciable. It follows that I would dismiss the six applications for judicial review which challenge that report. In the circumstance where the arguments about justiciability played a small part in the hearing I would not award costs in respect of these six applications.

[203] As the City of Vancouver did not seek and obtain leave to challenge the Order in Council, it follows that the City is precluded from challenging the Order in Council.

- C. Should the decision of the Governor in Council be set aside on administrative law grounds?
1. The standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council

[204] In *Gitxaala*, when considering the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council, the Court wrote that it was not legally permissible to adopt a “one-size-fits-all” approach to any particular administrative decision-maker. Rather, the standard of review must be assessed in light of the relevant legislative provisions, the structure of the legislation and the overall purpose of the legislation (*Gitxaala*, paragraph 137).

[205] I agree. Particularly in the present case it is necessary to draw a distinction between the standard of review applied to what I will refer to as the administrative law components of the Governor in Council’s decision and that applied to the constitutional component which required

the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation and, if necessary, accommodation. This is an approach accepted and urged by the parties.

(a) The administrative law components of the decision

[206] In *Gitxaala*, the Court conducted a lengthy standard of review analysis (*Gitxaala*, paragraphs 128-155) and concluded that, because the Governor in Council's decision was a discretionary decision founded on the widest considerations of policy and public interest, the standard of review was reasonableness (*Gitxaala*, paragraph 145).

[207] Canada, Trans Mountain and the Attorney General of Alberta submit that *Gitxaala* was correctly decided on this point.

[208] Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans submit that the governing authority is not *Gitxaala*, but rather is the earlier decision of this Court in *Council of the Innu of Ekuanitshit v. Canada (Attorney General)*, 2014 FCA 189, 376 D.L.R. (4th) 348. In this case the Court found the reasonableness standard of review applied to a decision of the Governor in Council approving the federal government's response to a report of a joint review panel prepared under the now repealed *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (*Canadian Environmental Assessment Act, 1992*). The Court rejected the submission that the correctness standard applied to the question of whether the Governor in Council and the responsible authorities had respected the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 1992* before making their decisions under subsections 37(1) and 37(1.1) of that Act. Under these provisions the Governor in Council and the responsible authorities were required to review the

report of the joint review panel and determine whether the project at issue was justified despite its adverse environmental effects.

[209] This said, while deference was owed to decisions made pursuant to subsections 37(1) and 37(1.1), the Court wrote that “a reviewing court must ensure that the exercise of power delegated by Parliament remains within the bounds established by the statutory scheme.” (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44).

[210] To the submission that *Innu of Ekuanitshit* is the governing authority, Tsleil-Waututh adds two additional points: first and, in any event, the “margin of appreciation” approach followed in *Gitxaala* is no longer good law; and, second, issues of procedural fairness are to be reviewed on the standard of correctness. Tsleil-Waututh’s additional submissions are adopted by the City of Burnaby.

[211] I see no inconsistency between the *Innu of Ekuanitshit* and *Gitxaala* for the following reasons.

[212] First, the Court in *Gitxaala* acknowledged that it was bound by *Innu of Ekuanitshit*. However, because of the very different legislative scheme at issue in *Gitxaala*, the earlier decision did not satisfactorily determine the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council at issue in *Gitxaala* (*Gitxaala*, paragraph 136). This Court did not doubt the correctness of *Innu of Ekuanitshit* or purport to overturn it.

[213] Second, in each case the Court determined the standard of review to be applied to the decision of the Governor in Council was reasonableness. It was within the reasonableness standard that the Court found in *Innu of Ekuanitshit* that the Governor in Council's decision must still be made within the bounds of the statutory scheme.

[214] Third, and finally, the conclusion in *Innu of Ekuanitshit* that a reviewing court must ensure that the Governor in Council's decision was exercised "within the bounds established by the statutory scheme" (*Innu of Ekuanitshit*, paragraph 44) is consistent with the requirement in *Gitxaala* that the Governor in Council must determine and be satisfied that the Board's process and assessment complied with the legislative requirements, so that the Board's report qualified as a proper prerequisite to the decision of the Governor in Council. Then, it is for this Court to be satisfied that the decision of the Governor in Council was lawful, reasonable and constitutionally valid. To be lawful and reasonable the Governor in Council must comply with the purview and rationale of the legislative scheme.

[215] Reasonableness review requires a court to assess whether the decision under review falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible on the facts and the law (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47).

[216] Reasonableness review is a contextual inquiry. Reasonableness "takes its colour from the context" (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at paragraph 57); in every case the fundamental question "is the scope of decision-making power

conferred on the decision-maker by the governing legislation.” (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18).

[217] Thus, when a court reviews a decision made in the exercise of a statutory power, reasonableness review requires the decision to have been made in accordance with the terms of the statute: see, for example, *Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraphs 29-30. Put another way, an administrative decision-maker is constrained in the outcomes it may reach by the statutory wording (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, at paragraph 21).

[218] The Supreme Court recently considered this in the context of a review of a decision of the Specific Claims Tribunal. The Tribunal is required by its governing legislation to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner.” The majority of the Court observed that the Tribunal’s mandate expressly tethered “the scope of its decision-making power to the applicable legal principles.” and went on to note that the “range of reasonable outcomes available to the Tribunal is therefore constrained by these principles” (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, 417 D.L.R. (4th) 239, at paragraphs 33-34).

[219] With respect to Tsleil-Wauthuth’s two additional points, I believe the first point was addressed above. Reasonableness “takes its colour from the context.” To illustrate, reasonableness review of a policy decision affecting many entities is of a different nature than

reasonableness review of, say, a decision on the credibility of evidence before an adjudication tribunal.

[220] The second point raises the question of the standard of review to be applied to questions of procedural fairness.

[221] As this Court noted in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 474 N.R. 366, at paragraph 67, the standard of review for questions of procedural fairness is currently unsettled.

[222] As Trans Mountain submits, in cases such as *Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)*, 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75, at paragraphs 70-72, this Court has applied the standard of correctness with some deference to the decision-maker's choice of procedure (see also *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502, at paragraphs 79 and 89).

[223] This said, in my view it is not necessary to resolve any inconsistency in the jurisprudence because, as will be explained below, even on a correctness review I find there is no basis to set aside the Order in Council on the basis of procedural fairness concerns.

(b) The constitutional component

[224] As explained above, a distinction exists between the standard of review applied to the administrative law components of the Governor in Council's decision and the standard applied to

the component which required the Governor in Council to consider the adequacy of the process of consultation with Indigenous peoples, and if necessary, accommodation.

[225] Citing *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraphs 61-63, the parties agree that the existence and extent of the duty to consult are legal questions reviewable on the standard of correctness. The adequacy of the consultation is a question of mixed fact and law which is reviewable on the standard of reasonableness. I agree.

[226] Reasonableness review does not require perfect satisfaction (*Gitxaala*, paragraphs 182-183 and the cases cited therein). The question to be answered is whether the government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”. Thus, “[s]o long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” (*Haida Nation*, paragraph 62, citing *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723 and *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013). The focus of the analysis should not be on the outcome, but rather on the process of consultation and accommodation (*Haida Nation*, paragraph 63).

[227] Having set out the governing standards of review, I next consider the various flaws that are said to vitiate the decision of the Governor in Council.

2. Did the Governor in Council err in determining that the Board's report qualified as a report so as to be a proper condition precedent to the Governor in Council's decision?

[228] The Board's errors said to vitiate the decision of the Governor in Council were briefly summarized above at paragraph 128. For ease of reference I reorganize and repeat that the applicants variously assert that the Board erred by:

- a. breaching the requirements of procedural fairness;
- b. failing to decide certain issues before it recommended approval of the Project;
- c. failing to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal;
- d. failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*; and,
- e. erring in its treatment of the *Species at Risk Act*.

The effect of each of these errors is said to render the Board's report materially deficient such that it was not a "report" that the Governor in Council could rely upon. A decision made by the Governor in Council without a "report" before it must be unreasonable; the statute makes it clear that the Governor in Council can only reach a decision when informed by a "report" of the Board.

[229] I now turn to consider each alleged deficiency.

- (a) Was the Board's process procedurally fair?
 - (i) Applicable legal principles

[230] The Board, as a public authority that makes administrative decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals, owes a duty of procedural fairness to the parties before it. However, the existence of a duty of fairness does not determine what fairness requires in a particular circumstance.

[231] It is said that the concept of procedural fairness is eminently variable, and that its content is to be decided in the context and circumstances of each case. The concept is animated by the desire to ensure fair play. The purpose of the participatory rights contained within the duty of fairness has been described to be:

... to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

(*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 22).

[232] In *Baker*, the Supreme Court articulated a non-exhaustive list of factors to be considered when determining what procedural fairness requires in a given set of circumstances: the nature of the decision being made and the process followed in making it; the nature of the statutory scheme, including the existence of an appeal procedure; the importance of the decision to the

lives of those affected; the legitimate expectations of the person challenging the decision; and, the choice of procedures made by the decision-maker.

[233] Applying these factors, the City of Burnaby argues that the content of the procedural duty owed to it was significant.

[234] Other applicants and the respondents did not make submissions on the content of the procedural duty of fairness.

[235] Having regard to the adjudicative nature of the decision at issue, the court-like procedures prescribed by the *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*, SOR/95-208, the absence of an unrestricted statutory right of appeal (subsection 22(1) of the *National Energy Board Act* permits an appeal on a question of law or jurisdiction only with leave of this Court) and the importance of the Board's decision to the parties, I accept Burnaby's submission that the content of the duty of fairness owed by the Board to the parties was significant. The parties were entitled to a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly. Included in the right to present a case fully is the right to effectively challenge evidence that contradicts that case. I will consider below more precisely the content of this duty.

[236] Having briefly summarized the legal principles that apply to issues of procedural fairness, I next enumerate the assertions of procedural unfairness.

(ii) The asserted breaches of procedural fairness

[237] The City of Burnaby asserts that the Board breached a duty of fairness owed to it by:

- a. failing to hold an oral hearing;
- b. failing to provide Burnaby with an opportunity to test Trans Mountain's evidence by cross-examination;
- c. failing to require Trans Mountain to respond to Burnaby's written Information Requests and denying Burnaby's motions to compel further and better responses to the Information Requests;
- d. delegating the assessment of critically important information until after the Board's report and the Governor in Council's decision;
- e. failing to provide sufficient reasons concerning:
 - i. alternative means of carrying out the Project;
 - ii. the risks, including seismic risk, related to fire and spills;
 - iii. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;
 - iv. the protection of municipal water sources; and,
 - v. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[238] Tsleil-Waututh submits that the Board breached the duty of fairness by restricting its ability to test Trans Mountain's evidence and by permitting Trans Mountain to file improper reply evidence.

[239] The Stó:lō submit that it was procedurally unfair to subject their witnesses who gave oral traditional Indigenous evidence to cross-examination when Trans Mountain's witnesses were not cross-examined.

[240] Squamish briefly raised the issue of inadequate response to their Information Request to Natural Resources Canada, and the Board's terse rejection of their requests for further and better responses from Natural Resources Canada, the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain.

[241] Each assertion will be considered.

- (iii) The failure to hold a full oral hearing and to allow cross-examination of Trans Mountain's witnesses

[242] It is convenient to deal with these two asserted errors together.

[243] The applicants argue that the Board's decision precluding oral cross-examination was "a stark departure from the previous practice for a project of this scale." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 160) that deprived the Board of an important and established method for determining the truth. The applicants argue that this was particularly unfair because Trans Mountain failed to participate in good faith in the Information Request process with the result that the process did not provide an effective, alternative method to test Trans Mountain's evidence.

[244] The respondents Canada and Trans Mountain answer that:

- The Board has discretion to determine whether a hearing proceeds as a written or oral hearing, and the Board is entitled to deference with respect to its choice of procedure.

- The process was tailored to take into account the number of participants, the volume of evidence and the technical nature of the information to be received by the Board.
- Many aspects of the hearing were conducted orally: the oral Indigenous traditional evidence, Trans Mountain's oral summary argument, the interveners' oral summary arguments and any reply arguments.
- Cross-examination is never an absolute right. A decision-maker may refuse or limit cross-examination so long as there is an effective means to challenge and test evidence.

[245] I acknowledge the importance of cross-examination at common law. However, because the content of the duty of fairness varies according to context and circumstances, the duty of fairness does not always require the right of cross-examination. For example, in a multi-party public hearing related to the public interest, fairness was held not to require oral cross-examination (*Unicity Taxi Ltd. v. Manitoba Taxicab Board* (1992), 80 Man. R. (2d) 241, [1992] 6 W.W.R. 35 (Q.B.); aff'd (1992) 83 Man. R. (2d) 305, [1992] M.J. No. 608 (C.A.)). The Court dismissed the allegation of unfairness because "in the conduct of multi-faceted and multi-party public hearings [cross-examination] tends to become an unwieldy and even dangerous weapon that may lead to disturbance, disruption and delay."

[246] Similarly, in *Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, 2017 SCC 41, [2017] 1 S.C.R. 1099, the Supreme Court found that the Chippewas of the Thames were given an adequate opportunity to participate in the decision-making process of the Board (reasons, paragraph 51). This finding was supported by the Court's enumeration of the following facts: the Board held an oral hearing; provided early notice of the hearing process to affected Indigenous groups and sought their formal participation; granted intervenor status to the

Chippewas of the Thames; provided participant funding to allow the Chippewas of the Thames to tender evidence and pose formal Information Requests to the project proponent, to which they received written responses; and permitted the Chippewas of the Thames to make oral closing submissions. No right of oral cross-examination was granted (reasons, paragraph 52), yet the process provided an adequate right to participate.

[247] These decisions are of course not determinative of the requirements of fairness in the present context.

[248] The relevant context is discussed by the Board in its Ruling No. 14, which dealt with a motion requesting that the hearing order be amended to include a phase for oral cross-examination of witnesses. After quoting an administrative law text to the effect that procedural fairness is not a fixed concept, but rather is one that varies with the context and the interest at stake, the Board wrote:

Here, the context is that the Board will be making a recommendation to the Governor in Council. The recommendation will take into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity. The Board's recommendation will be polycentric in nature as it involves a wide variety of considerations and interests. Persons directly affected by the Application include Aboriginal communities, land owners, governments, commercial interests, and other stakeholders. The motion and several of the comments in support of it appear to place significant reliance on the potential credibility of witnesses. The Board notes that this is not a criminal or civil trial. The Board's hearing also does not involve an issue of individual liberty. It is a process for gathering and testing evidence for the Board's preparation, as an expert tribunal, of its recommendation to the Governor in Council about whether to issue a certificate under section 52 of the NEB Act. The Board will also be conducting an environmental assessment and making a recommendation under CEAA 2012.

Hearing processes are designed individually and independently by the Board based on the specific circumstances of the application. Each process is designed to provide for a fair hearing, but the processes are not necessarily the same. For

this Application, the Hearing Order provides two opportunities to ask written information requests. There is also an opportunity to file written evidence, and to provide both written and oral final argument. For Aboriginal groups that also wish to present Aboriginal traditional evidence orally, there is an opportunity to do this.

Regarding the nature of the statutory scheme, section 8 of the NEB Act authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before the Board. The Rules provide that public hearings may be oral or written, as determined by the Board. The Board has previously held fully written hearings for section 52 oil and gas pipeline applications. Hearings can also be oral, with significant written components, as is the case here. In addition to the hearing procedures set out in the Rules, the Board makes rules about hearing procedures in its Hearing Order and associated rulings and bulletins.

....

Additional legislative requirements for the Board's public hearings are found in subsection 11(4) of the NEB Act, which requires that applications before the Board are to be dealt with as expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, and within the time limit provided. This subsection of the NEB Act was added in 2012. For this Application, the legislated time limit, which is 15 months after the completeness determination is made, is 2 July 2015.

As the legislative time limits are recent, there is no legitimate expectation as to the hearing procedures that will be used to test the evidence. In this case, the Board has provided notice about the procedures that will apply.

In the Board's view, the legislation makes it clear that the Board is master of its own procedure and can establish its own procedures for each public hearing with regard to the conduct of hearings. This includes the authority to determine for a particular public hearing the manner in which evidence will be received and tested. In the circumstances of this hearing, where there are 400 intervenors and much of the information is technical in nature, the Board has determined that it is appropriate to test the evidence through written processes. All written evidence submitted will be subject to written questioning by up to 400 parties, and the Board.

(underlining added, footnotes omitted)

[249] Further aspects of the relevant context are discussed in the Board's final report at page 4:

For the Board's review of the Project application, the hearing had significant written processes as well as oral components. With the exception of oral traditional evidence described below, evidence was presented in writing, and

testing of that evidence was carried out through written questions, known as Information Requests (IRs). Intervenors submitted over 15,000 questions to Trans Mountain over two major rounds of IRs. Hundreds of other questions were asked in six additional rounds of IRs on specific evidence. If an intervenor believed that Trans Mountain provided inadequate responses to its questions, it could ask the Board to compel Trans Mountain to provide a more complete response. Trans Mountain could do the same in respect of IRs it posed to intervenors on their evidence. There was also written questioning on various additional evidence, including supplemental, replacement, late and Trans Mountain's reply evidence.

The Board decided, in its discretion in determining its hearing procedure, to allow testing of evidence by IRs and determined that there would not be cross examination in this hearing. The Board decided that, in the circumstances of this hearing where there were 400 intervenors and legislated time limits, and taking into consideration the technical nature of the information to be examined, it was appropriate to test the evidence through written processes. In the final analysis, the written evidence submitted was subjected to extensive written questioning by up to 400 participants and the Board. The Board is satisfied that the evidence was appropriately tested in its written process and that its hearing was fair for all parties and met natural justice requirements. ...

(underlining added, footnote omitted)

[250] Having set out the context relevant to determining the content of the duty of fairness, and the Board's discussion of the context, the next step is to apply the contextual factors enumerated in *Baker* to determine whether the absence of oral cross-examination was inconsistent with the participatory rights required by the duty of fairness. The heart of this inquiry is directed to whether the parties had a meaningful opportunity to present their case fully and fairly.

[251] Applying the first *Baker* factor, the nature of the Board's decision is different from a judicial decision. The Board is required to apply its expertise to the record before it in order to make recommendations about whether the Project is and will be required by public convenience and necessity, and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects that can or cannot be justified in the circumstances. Each recommendation requires the Board to

consider a broad spectrum of considerations and interests, many of which depend on the Board's discretion. For example, subsection 52(2) of the *National Energy Board Act* requires the Board's recommendation to be based on "all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". The Board's environmental assessment is to take into account "any other matter relevant to the environmental assessment that the [Board] requires to be taken into account" (paragraph 19(1)(j) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*). The nature of the decision points in favour of more relaxed requirements under the duty of fairness.

[252] The statutory scheme also points to more relaxed requirements. The Board may determine that a pipeline application be dealt with wholly in writing (Rule 22(1), *National Energy Board Rules of Practice and Procedure, 1995*). The Board is required to deal with matters expeditiously, and within the legislated time limit. When the hearing order providing for Information Requests, not oral cross-examination, was issued on April 2, 2014, the Board was required to deliver its report by July 2, 2015. In legislating this time limit Parliament must be presumed to have contemplated that pipeline approval projects could garner significant public interest such that, as in this case, 400 parties successfully applied for leave to intervene. One aspect of the statutory scheme does point to a higher duty of fairness: the legislation does not provide for a right of appeal (save with leave on a question of law or jurisdiction). However, as discussed at length above, the Board's decision is subject to scrutiny in proceedings such as this.

[253] The importance of the decision is a factor that points toward a heightened fairness requirement.

[254] For the reasons given by the Board, I do not see any basis for a legitimate expectation that oral cross-examination would be permitted. To the Board's reasons I would add that such an expectation would be contrary to the Board's right to determine that an application be reviewed wholly in writing. While the Board did permit oral cross-examination in its review of the Northern Gateway Pipeline, in that case the Board's report discloses that intervener status was granted to 206 entities—roughly half the number of entities given intervener status in this case.

[255] Finally, the Board's choice of procedure, while not determinative, must be given some respect, particularly where the legislation gives the Board broad leeway to choose its own procedure, and the Board has experience in deciding appropriate hearing procedures.

[256] I note that when the Board rendered its decision on the request that it reconsider Ruling No. 14 so as to allow oral cross-examination, the applicants had received Trans Mountain's responses to their first round of Information Requests; many had brought motions seeking fuller and better answers. The Board ruled on the objections on September 26, 2014. Therefore, the Board was well familiar with the applicants' stated concerns, as is seen in Ruling No. 51 when it declined to reconsider its earlier ruling refusing to amend the hearing order to allow oral cross-examination.

[257] Overall, while the importance of the decision and the lack of a statutory appeal point to stricter requirements under the duty of fairness, the other factors point to more relaxed requirements. Balancing these factors, I conclude that the duty of fairness was significant. Nevertheless, the duty of fairness was not breached by the Board's decisions not to allow oral

cross-examination and not to allow a full oral hearing. The Board's procedure did allow the applicants a meaningful opportunity to present their cases fully and fairly.

[258] Finally on this issue, the Board allowed oral traditional Indigenous evidence because "Aboriginal people have an oral tradition that cannot always be shared adequately in writing." (Ruling No. 14, page 5). With respect to Stó:lō's concerns about permitting oral questioning of oral traditional evidence, the Board permitted "Aboriginal groups [to] choose to answer any questions in writing or orally, whichever is practical or appropriate by their determination." (Ruling No. 14, page 5). This is a complete answer to the concerns of the Stó:lō.

[259] I now turn to the next asserted breach of procedural fairness.

(iv) Trans Mountain's responses to the Information Requests

[260] The City of Burnaby and Squamish argue that Trans Mountain provided generic, incomplete answers to the Information Requests and the Board failed in its duty to compel further and better responses.

[261] During the oral hearing before this Court Burnaby reviewed in detail: Burnaby's first Information Request questioning Trans Mountain about its consideration of alternatives to expanding the pipeline, tank facilities and marine terminal in a major metropolitan area; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; Burnaby's second Information Request; Trans Mountain's response; the Board's denial of Burnaby's request for a fuller answer; the Board's first Information Request to Trans Mountain questioning

alternative means of carrying out the Project; Trans Mountain's response; the Board's second Information Request; and, Trans Mountain's response to the Board's second Information Request. Burnaby argues that Trans Mountain provided significantly more information to the Board than it did to Burnaby, but the information Trans Mountain provided was still insufficient.

[262] Squamish made brief reference in oral argument to the Board's failure to order fuller answers about the Crown's assessment of the strength of its claims to Aboriginal rights and title.

[263] As can be seen from Burnaby's oral submission, it brought motions before the Board to compel better answers in respect of both of Trans Mountain's responses to Burnaby's Information Requests.

[264] I begin consideration of this issue by acknowledging that most, but not all, of Burnaby's requests for fuller answers were denied by the Board. However, procedural fairness does not guarantee a completely successful outcome. The Board did order some further and better answers in respect of each motion. Burnaby must prove more than just that the Board did not uphold all of its objections.

[265] The Board's reasons for declining to compel further answers are found in two of the Board's rulings: Ruling No. 33 (A4 C4 H7) in respect of the first round of Information Requests directed to Trans Mountain by the interveners, and Ruling No. 63 (A4 K8 G4) in respect of the second round of the interveners' Information Requests. Each ruling was set out in the form of a letter which attached an appendix. The appendix listed each question included in the motions to

compel, organized by intervener, and provided “the primary reason” the motion to compel was granted or denied. Each ruling also provided in the body of the decision “overall comments about the motions and the Board’s decision”.

[266] The Board set out the test it applied when considering motions to compel in the following terms:

...the Board looks at the relevance of the information sought, its significance, and the reasonableness of the request. The Board balances these factors so as to satisfy the purpose of the [Information Request] process, while preventing an intervener from engaging in a ‘fishing expedition’ that could unfairly burden the applicant.

[267] In its decision the Board also provided general information describing circumstances that led it to decline to compel further answers. Of relevance are the following two situations:

- In some instances, Trans Mountain provided a full answer to the question asked, but the intervener disagreed with the answer. In these cases, rather than seeking to compel a further answer, the Board advised the interveners to file their own evidence in response or to provide their views during final argument.
- In some cases, Trans Mountain may not have answered all parts of an intervener’s Information Request. However, in those cases where the Board was of the view that the response provided sufficient information and detail for the Board to consider the application, the Board declined to compel a further response.

[268] It is clear that the Board viewed Burnaby’s requests for fuller answers about Trans Mountain’s consideration and rejection of alternate locations for the marine terminal to fall within the second situation described above.

[269] The Board's second Information Request to Trans Mountain on this point was answered by Trans Mountain on July 21, 2014, and its answer was served upon all of the interveners. Therefore, the Board was aware of this response when on September 26, 2014, it rejected Burnaby's motion in Ruling No. 33.

[270] That the Board found Trans Mountain's answer to its second Information Request to be sufficient is reflected in the Board's report, where at pages 241 to 242 the Board relied on the content of Trans Mountain's response to its second Information Request to articulate Trans Mountain's consideration of the alternatives to the Westridge Marine Terminal. At page 244 of the report, the Board found Trans Mountain's "alternative means assessment" to be appropriate. The Board went on to acknowledge Burnaby's concern that Trans Mountain had not provided an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat or Roberts Bank. However, the Board disagreed, finding that "Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of the technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations."

[271] Obviously, Burnaby disagrees with this assessment. However, it has not demonstrated how the Board's conduct concerning Burnaby's Information Requests breached the requirements of procedural fairness. For example, Burnaby has not pointed to evidence that contradicted Trans Mountain's stated reasons for rejecting alternative marine terminal locations. Trans Mountain stated that its assessment was based on feasibility of coincident marine and pipeline access, and technical, economic and environmental considerations of the screened alternative locations. Any

demonstrated conflict in the evidence on these points may have supported a finding that meaningful participation required Trans Mountain to provide more detailed information.

[272] In support of its submission concerning procedural fairness Squamish pointed to a question it directed to Natural Resources Canada. It asked whether that entity had “assessed the strength of Squamish’s claim to aboriginal rights in the area of the proposed Project” and if so, to provide “that assessment and any material upon which that assessment is based.”

[273] The response Squamish received to its Information Request was:

The Crown has conducted preliminary depth of consultation assessments for all Aboriginal groups, including Squamish Nation, whose traditional territory intersects with or is proximate to the proposed pipeline right of way, marine terminal expansion and designated marine shipping lanes. (Depth of consultation assessments consider both potential impacts to rights and the strength of claim to rights.) The Crown’s depth of consultation assessment is iterative and is expected to evolve as the [Board] review process unfolds and as Aboriginal groups submit their evidence to the [Board] and engage in Phase III consultations with the Crown. The Crown has assessed depth of consultation for the Squamish Nation as “high.” This preliminary conclusion was filed into evidence [by the Major Projects Management Office] on May 27, 2015.

The starting point for these assessments is to work with information the Crown has in hand, but Squamish Nation is invited to provide information that they believe could assist the Crown in understanding the nature and scope of their rights.

(underlining added)

[274] Squamish objected to the Board that its request was only partly addressed, and requested that Natural Resources Canada provide the material on which its assessment was based.

[275] In reply to Squamish's motion to compel a further answer, Natural Resources Canada responded:

In the context of the current hearing process, it is the view of [the Major Projects Management Office] that the further information and records sought by Squamish Nation will not be of assistance to the Panel in fulfilling its mandate.

However, the Crown will communicate with the Squamish Nation in August 2015 to provide further information on Phase III Crown consultation and the Crown's approach to considering adverse impacts of the Project on potential or established Aboriginal and treaty rights. This forthcoming correspondence will summarize the Crown's understanding of the strength of Squamish Nation's claim for rights and title.

[276] The Board denied Squamish's request for a fuller answer on the primary ground that the information Squamish sought "would not contribute to the record in any substantive way and, therefore, would not be material to the Board's assessment."

[277] Given the mandate of the Board, the iterative nature of the consultation process and the fact that direct Crown consultation would take place in Phase III following the release of the Board's report, Squamish has not shown that it was a breach of procedural fairness for the Board not to compel a fuller answer to its question.

- (v) The asserted deferral and delegation of the assessment of important information

[278] The City of Burnaby next argues that the Board impermissibly deferred "the provision of critically important information to after the Report stage, and after the [Governor in Council's decision]" (memorandum of fact and law, paragraph 164). Burnaby says that by doing so, the Board acted contrary to the statutory regime and breached the principle of *delegatus non potest*

delegare. At this point in its submissions, Burnaby did not suggest what specific aspect of the statutory regime was contravened, or how the Board or the Governor in Council improperly delegated their statutory responsibility. At this stage, Burnaby deals with this as an issue of procedural fairness. I deal with the statutory scheme argument commencing at paragraph 322.

[279] Burnaby points to a number of issues where it alleges that the Board failed to weigh the evidence and expert opinions put before it. Burnaby says:

- It provided expert evidence that the Project presents serious and unacceptable safety risks to the neighbourhoods that are proximate to the Burnaby Terminal as a result of fire, explosion and boil-over, and that Trans Mountain had failed to assess these risks.
- It established gaps in Trans Mountain's geotechnical investigation of the tunnel option and a lack of analysis of the feasibility of the tunnel option.
- It identified significant information gaps with respect to the Westridge Marine Terminal, including gaps concerning: the final design; spill risk; fire risk; geotechnical risk; and, the ability to respond to these risks.
- It adduced evidence that the available fire response resources were inadequate.
- It demonstrated the risk to Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal because of the tunnel's proximity to the only evacuation route from the University.

[280] Burnaby argues that the Board declined to compel further information from Trans Mountain on these points, and instead imposed conditions that required Trans Mountain to do certain specified things in the future. For example, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file with the Board for approval a report to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, to include consideration of the risks not assessed (Board Conditions 22 and 129). Board Condition 22 had to be met at least six months

before Trans Mountain commenced construction; Condition 129 had to be met at least three months before Trans Mountain applied to open each terminal. Burnaby also notes that many conditions imposed by the Board were not subject to subsequent Board approval.

[281] Burnaby argues that this process prevented meaningful testing of information filed after the Board issued its report recommending that the Project be approved. Further, the Governor in Council did not have access to the material to be filed in response to the Board's conditions when it made its determination of the public interest.

[282] Underpinning these arguments is Burnaby's assertion that the "Board's rulings deprived Burnaby of the ability to review and assess the validity of the alternatives assessment (or to confirm that one was made)." (memorandum of fact and law, paragraph 41).

[283] I can well understand Burnaby's concern—the consequence of a serious spill or explosion and fire in a densely populated metropolitan area might be catastrophic. However, in my respectful view, Burnaby's understandable desire to be able to independently review and assess the validity of the assessment of alternatives to the expansion of the Westridge Marine Terminal, or other matters that affect the City, is inconsistent with the regulatory scheme enacted by Parliament. Parliament has vested in the Board the authority and responsibility to consider and then make recommendations to the Governor in Council on matters of public interest; the essence of the Board's responsibility is to balance the Project-related benefits against the Project-related burdens and residual burdens, and to then make recommendations to the Governor in Council. In this legislative scheme, the Board is not required to facilitate an interested party's

independent review and assessment of a project. It is not for this Court to opine on the appropriateness of the policy expressed and implemented in the *National Energy Board Act*. Rather, the Court's role is to apply the legislation as Parliament has enacted.

[284] The Supreme Court has recognized the Board's "expertise in the supervision and approval of federally regulated pipeline projects" and described the Board to be "particularly well positioned to assess the risks posed by such projects". The Supreme Court went on to note the Board's "broad jurisdiction to impose conditions on proponents to mitigate those risks" and to acknowledge that it is the Board's "ongoing regulatory role in the enforcement of safety measures [which] permits it to oversee long-term compliance with such conditions" (*Chippewas of the Thames First Nation*, paragraph 48). While the Supreme Court was particularly focused on the Board's expertise in the context of its ability to assess risks posed to Indigenous groups, the Board's expertise extends to the full range of risks inherent in the operation of a pipeline, including the risks raised by Burnaby.

[285] Burnaby's submission must be assessed in the light of the Board's approval process. I will set out the Board's approval process at some length because of the importance of this issue to the City of Burnaby and other applicants.

[286] The Board described its approval process in Section 1.3 of its report:

Trans Mountain's Application was filed while the Project was at an initial phase of the regulatory lifecycle, as is typical of applications under section 52 of the NEB Act. As set out in the Board's Filing Manual, the Board requires a broad range of information when a section 52 application is filed. At the end of the hearing, the level of information available to the Board must be sufficient to allow it to make a recommendation to the GIC that the Project is or is not in the public

interest. There also must be sufficient information to allow the Board to draft conditions that would attach to any new and amended CPCNs, and other associated regulatory instruments (Instruments), should the Project be approved by the GIC.

The Board does not require final information about every technical detail during the application stage of the regulatory process. For example, much of the information filed with respect to the engineering design would be at the conceptual or preliminary level. Site-specific engineering information would not be filed with the Board until after the detailed routing is confirmed, which would be one of the next steps in the regulatory process should the Project be approved. Completion of the detailed design of the project, as well as subsequent construction and operations, would have to comply with:

- the NEB Act, regulations, including the National Energy Board Onshore Pipeline Regulations (OPR), referenced standards and applicable codes;
- the company's conceptual design presented, and commitments made in the Application and hearing proceedings; and
- conditions which the Board considers necessary.

The Board may impose conditions requiring a company to submit detailed information for review (and in some cases, for approval) by the Board before the company is permitted to begin construction. Further information, such as pressure testing results, could be required in future leave to open applications before a company would be permitted to begin pipeline operations. In compliance with the OPR, a company is also required to fully develop an emergency response plan prior to beginning operations. In some cases, the Board has imposed conditions with specific requirements for the development, content and filing of the emergency response plan (see Table 1). This would be filed and fully assessed at a condition compliance stage once detailed routing is known. Because the detailed routing information is necessary to perform this assessment, it would be premature to require a fully detailed emergency response plan to be filed at the time of the project application.

While the project application stage is important, as set out in Chapter 3, there are further detailed plans, studies and specifications that are required before the project can proceed. Some of these are subject to future Board approval, and others are filed with the Board for information, disclosure, and/or future compliance enforcement purposes. The Board's recommendation on the project application is not a final determination of all issues. While some hearing participants requested the final detailed engineering or emergency response plans, the Board does not require further detailed information and final plans at this stage of the regulatory lifecycle.

To set the context for its reasons for recommendation, the Board finds it helpful to identify the fundamental consideration used in reaching any section 52 determination. The overarching consideration for the Board's public interest determination at the application stage is: can this pipeline be constructed, operated and maintained in a safe manner. The Board found this to be the case. While this initial consideration is fundamental, a finding that a pipeline could be constructed, operated and maintained in a safe manner does not mean a pipeline is necessarily in the public interest as there are other considerations that the Board must weigh, as discussed below. However, the analysis would go no further if the answer to this fundamental question were answered in the negative, as an unsafe pipeline can never be in the public interest.

(underlining added, footnote omitted)

[287] The Board went on to describe how projects are regulated through their lifecycle in Chapter 3, particularly in Sections 3.1 to 3.5:

3.0 Regulating through the Project lifecycle

The approval of a project, through issuance of one or more Certificate of Public Convenience and Necessity (CPCN) and/or orders incorporating applicable conditions, forms just one phase in the Board's lifecycle regulation. The Board's public interest determination relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions, such as those discussed in Chapter 1. Throughout the lifecycle of an approved project, as illustrated in Figure 4, the Board holds the pipeline company accountable for meeting its regulatory requirements in order to keep its pipelines and facilities safe and secure, and protect people, property and the environment. To accomplish this, the Board reviews or assesses condition filings, tracks condition compliance, verifies compliance with regulatory requirements, and employs appropriate enforcement measures where necessary to quickly and effectively obtain compliance, prevent harm, and deter future non-compliance.

After a project application is assessed and the Board makes its section 52 recommendation (as described in Chapter 2, section 2.1), the project cannot proceed until and unless the Governor in Council approves the project and directs the Board to issue the necessary CPCN. If approved, the company would then prepare plans showing the proposed detailed route of the pipeline and notify landowners. A detailed route hearing may be required, subject to section 35 of the *National Energy Board Act* (NEB Act). The company would also proceed with the detailed design of the project and could be required to undertake additional studies, prepare plans or meet other requirements pursuant to NEB conditions on any CPCN or related NEB order. The company would be required to comply with

all conditions to move forward with its project, prior to and during construction, and before commencing operations. While NEB specialists would review all condition filings, those requiring approval of the Board would require this approval before the project could proceed.

Once construction is complete, the company would need to apply for the Board's permission (or "leave") to open the project and begin operations. While some conditions may apply for the life of a pipeline, typically the majority must be satisfied prior to beginning operations or within the first few months or years of operation. However, the company must continue to comply with the *National Energy Board Onshore Pipeline Regulations* (OPR) and other regulatory requirements to operate the pipeline safely and protect the environment.

...

If the Project is approved, the Board would employ its established lifecycle compliance verification and enforcement approach to hold Trans Mountain accountable for implementing the proposed conditions and other regulatory requirements during construction, and the subsequent operation and maintenance of the Project.

3.1 Condition compliance

If the Project is approved and Trans Mountain decides to proceed, it would be required to comply with all conditions that are included in the CPCNs and associated regulatory instruments (Instruments). The types of filings that would be required to fulfill the conditions imposed on the Project, if approved, are summarized in Table 4.

If the Project is approved, the Board would oversee condition compliance, make any necessary decisions respecting such conditions, and eventually determine, based on filed results of field testing, whether the Project could safely be granted leave to open.

Documents filed by Trans Mountain on condition compliance and related Board correspondence would be available to the public on the NEB website. All condition filings, whether or not they are for approval, would be reviewed and assessed to determine whether the company has complied with the condition, and whether the filed information is acceptable within the context of regulatory requirements and standards, best practices, professional judgement and the goals the condition sought to achieve. If a condition is "for approval," the company must receive formal approval, by way of a Board letter, for the condition to be fulfilled.

If a filing fails to fulfill the condition requirements or is determined to be inadequate, the Board would request further information or revisions from the company by a specified deadline, or may direct the company to undertake additional steps to meet the goals that the condition was set out to achieve.

3.2 Construction phase

During construction, the Board would require Trans Mountain to have qualified inspectors onsite to oversee construction activities. The Board would also conduct field inspections and other compliance verification activities (as described in section 3.5) to confirm that construction activities meet the conditions of the Project approval and other regulatory requirements, to observe whether the company is implementing its own commitments and to monitor the effectiveness of the measures taken to meet the condition goals, and ensure worker and public safety and protection of the environment.

3.3 Leave to open

If the Project is approved and constructed, the Board will require Trans Mountain to also apply, under section 47 of the NEB Act, for leave to open the pipelines and most related facilities. This is a further step that occurs after conditions applicable to date have been met and the company wishes to begin operating its pipeline and facilities. The Board reviews the company's submissions for leave to open, including the results of field pressure testing, and may seek additional information from the company. Before granting leave to open, the Board must be satisfied that the pipeline or facility has been constructed in compliance with requirements and that it can be operated safely. The Board can impose further terms and conditions on a leave to open order, if needed.

(underlining added, figures and tables omitted)

[288] In Section 3.5 the Board set out its compliance and enforcement programs noting that:

While all companies are subject to regulatory oversight, some companies receive more than others. In other words, high consequence facilities, challenging projects and those companies who are not meeting the Board's regulatory expectations and goals can expect to see the Board more often than those companies and projects with routine operations.

[289] No applicant challenged the accuracy of the Board's formulation of its approval process and subsequent compliance verification and enforcement approach. The City of Burnaby has not shown how the Board's multi-step approval process is either procedurally unfair or an improper delegation of authority. Implicit in the Board's imposition of a condition, such as a condition requiring a revised risk assessment, or a condition requiring information regarding tunnel

location, construction methods, and the like, is the Board's expectation that the condition may realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. Also implicit in the Board's imposition of a condition is its understanding of its ability to assess condition filings (whether or not the condition requires formal approval), and its ability to oversee compliance with its conditions.

[290] Transparency with respect to Trans Mountain's compliance with conditions is provided by the Board publishing on its website all documents filed by Trans Mountain relating to condition compliance and all related, responsive Board correspondence.

[291] As for the role of the Governor in Council in such a tiered approval process, the recitals to the Order in Council show that the Board's conditions were placed before the Governor in Council. Therefore, the Governor in Council must be seen to have been aware of the extent of the matters left for future review by the Board, and to have accepted the Board's assessment and recommendation about the public interest on that basis.

(vi) Failing to provide adequate reasons

[292] The City of Burnaby next argues that the Board erred by failing to provide sufficient reasons on the following issues:

- a. alternative means of carrying out the Project;
- b. risks relating to fire and spills (including seismic risk);
- c. the suitability of the Burnaby Mountain Tunnel;
- d. the protection of municipal water sources; and,

- e. whether, and on what basis, the Project is in the public interest.

[293] I begin my analysis by noting that the adequacy of reasons is not a “stand-alone basis for quashing a decision”. Rather, reasons are relevant to the overall assessment of reasonableness. Further, reasons “must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes.” (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 14).

[294] This is consistent with the Court’s reasoning in *Dunsmuir* where the Supreme Court explained the notion of reasonableness review and spoke of the role reasons play in reasonableness review:

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process

of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, 2008 SCC 9, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

(underlining added)

[295] Reasons need not include all of the relevant arguments, statutory provisions or jurisprudence. A decision-maker need not make an explicit finding on each constituent element leading to the final conclusion. Reasons are adequate if they allow the reviewing court to understand why the decision-maker made its decision and permit the reviewing court to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes.

[296] I now turn to consider Burnaby’s submissions in the context of the Board’s reasons.

Alternative means of carrying out the Project

[297] Burnaby’s concern about alternative means of carrying out the Project centers on the Board’s treatment of alternative locations for the marine terminal. In Section 11.1.2 the Board dealt with the requirement imposed by paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* that an environmental assessment of a designated project must take into account “alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible”. The views of the Board are expressed in this section on pages 244 through 245.

[298] Of particular relevance to Burnaby’s concern are the first two paragraphs of the Board’s reasons:

The Board finds that Trans Mountain’s route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.

[299] In my view, these reasons allowed the Governor in Council and allow this Court to know why the Board found Trans Mountain’s assessment of alternative means to be adequate or appropriate—the Board accepted the facts conveyed by Trans Mountain and found that these facts provided an appropriately detailed consideration of the alternative means. In my further view, the reasons, when read with the record, also allow the Court to consider whether the Board’s treatment of alternatives to the Westridge Marine Terminal were so materially flawed that the Board’s report was not a “report” that the Governor in Council could rely upon. This is a substantive issue I deal with below commencing at paragraph 322.

Assessment of risks

[300] Burnaby’s concerns about the assessment of risks centre on the Burnaby Terminal risk assessment, the Westridge Marine Terminal risk assessment, the Emergency Fire Response plan and the evacuation of Simon Fraser University.

Burnaby Terminal

[301] The Board's consideration of terminal expansions generally is found in Section 6.4 of its report. The Burnaby Terminal is discussed at pages 92 through 95 of the Board's report. After setting out the evidence, including Burnaby's evidence, at page 95 the Board expressed its reasons on the Burnaby Terminal as follows:

The Burnaby Terminal is uphill of the neighborhood of Forest Grove. An issue of potential concern is the possibility, however remote, of a multiple-tank failure in a common impounding area exceeding the available secondary containment capacity under certain conditions. The Board would impose a condition requiring Trans Mountain to demonstrate that the secondary containment system would be capable of draining large spills away from Tank 96, 97 or 98 to the partial RI. Trans Mountain must also demonstrate that the secondary containment system has the capacity to contain a spill from a multiple-tank rupture scenario (Condition 24).

The City of Burnaby and the City of Burnaby Fire Department raised concerns about fire and safety risks at the Burnaby Terminal following, in particular, those associated with boil-overs. Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, yet did not quantify the risks through rigorous analysis. The Board is of the view that a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to revise the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal, to demonstrate how the mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria considering all tanks in each respective terminal (Conditions 22 and 129).

[302] With respect to the geotechnical design, the Board wrote at page 97:

The Board acknowledges the concerns of participants regarding the preliminary nature of the geotechnical design evidence provided. However, the Board is of the view that the design information and the level of detail provided by Trans Mountain with respect to the geotechnical design for the Edmonton Terminal West Tank Area and the Burnaby Terminal are sufficient for the Board at the application stage. The Board notes that more extensive geotechnical work will be completed for the detailed engineering and design phase of the Project.

...

With regard to the selection of Seismic Use Group (SUG) for the design of the tanks, the Board notes that Trans Mountain has not made a final determination. Nevertheless, should the Project be approved, the Board will verify that Trans Mountain's tanks have secondary controls to prevent public exposure, in accordance with SUG I design criteria, by way of Conditions 22, 24 and 129.

[303] In my view, these reasons adequately allow the Court to understand why the Board rejected Burnaby's evidence and why it imposed the conditions it did.

Westridge Marine Terminal

[304] The Board dealt with the Westridge Marine Terminal expansion in Section 6.5 of its report.

[305] The Board expressed its views at pages 100 through 102. With respect to the design approach the Board wrote:

Trans Mountain has committed to design, construct, and operate the Westridge Marine Terminal (WMT) in accordance with applicable regulations, standards, codes and industry best practices. The Board accepts Trans Mountain's design approach, including Trans Mountain's effort to eliminate two vapour recovery tanks in the expanded WMT by modifying the vapour recovery technology. The Board considers this to be a good approach for eliminating potential spills and fire hazards. The Board would impose Condition 21 requiring Trans Mountain to provide its decision as well as its rationale to either retain or eliminate the proposed relief tank.

[306] With respect to the geotechnical design, the Board wrote:

The Board acknowledges the City of Burnaby's concern regarding the level of detail of the geotechnical information provided in the hearing for the Westridge Marine Terminal (WMT) offshore facilities. However, the Board is of the view that Trans Mountain has demonstrated its awareness of the requirements for the geotechnical design of the offshore facilities and accepts Trans Mountain's geotechnical design approach.

To confirm that soil conditions have been adequately assessed for input to the final design of the WMT offshore facilities, the Board would impose conditions requiring Trans Mountain to file a final preliminary geotechnical report for the design of the offshore facilities, and the final design basis for the offshore pile foundation layout once Trans Mountain has selected the pile design (Conditions 34 and 83).

To verify the geotechnical design approach for the WMT onshore facilities the Board would impose Condition 33 requiring Trans Mountain to file a preliminary geotechnical report for the onshore facilities prior to the commencement of construction.

The Board would examine the geotechnical reports upon receipt and advise Trans Mountain of any further requirements for the fulfilment of the above conditions prior to the commencement of construction.

[307] I have previously dealt with Burnaby's concern with the Board's failure to compel further and better information from Trans Mountain at the hearing stage, and to instead impose conditions requiring Trans Mountain to do certain things in future. Burnaby's concerns relating to the assessment of risks centre on this approach taken by the Board. Burnaby has not demonstrated how the Board's reasons with respect to the Westridge Marine Terminal risk assessment are inadequate.

Emergency fire response

[308] The Board responded to Burnaby's concerns about adequate resources to respond to a fire as follows at page 156:

The Board shares concerns raised by the City of Burnaby Fire Department and others about the need for adequate resources to respond in the case of a fire. The Board finds the 6-12 hour response time proposed by Trans Mountain for industrial firefighting contractors to arrive on site as inadequate, should they be needed immediately for a response to a fire at the Burnaby Terminal. The Board would impose conditions requiring Trans Mountain to complete a needs assessment with respect to the development of appropriate firefighting capacity for a safe, timely, and effective response to a fire at the Westridge Marine Terminal (WMT) and at the Edmonton, Sumas, and Burnaby Terminals. The

conditions would require Trans Mountain to assess and evaluate resources and equipment to address fires, and a summary of consultation with appropriate municipal authorities and first responders that will help inform a Firefighting Capacity Framework (Conditions 118 and 138).

[309] Again, Burnaby's concern is not so much with respect to the adequacy of the Board's reasons, but rather with the Board's approach to dealing with Burnaby's concerns through the imposition of conditions—in this case conditions that do not require formal Board approval. On this last point, the Board's explanation of its process for the review of conditions supports the conclusion that an inadequate response to a condition, even a condition not requiring formal Board approval, would be detected by the Board's specialists. Further, the Board oversees compliance with the conditions it imposes.

[310] In any event, I see no inadequacy in the Board's reasons.

Suitability of the Burnaby Mountain Tunnel

[311] The Board deals with the Burnaby Mountain Tunnel in Sections 6.2.2 and 6.2.3. The Board's views, in part, are expressed as follows at pages 81 and 82:

Regarding the City of Burnaby's concern with Trans Mountain's geotechnical investigation, the Board is of the view that the level of detail of the geotechnical investigation for the tunnel option is sufficient for the purpose of assessing the feasibility of constructing the tunnel. The Board notes that a second phase of drilling is planned for the development of construction plans at the tunnel portals, and that additional surface boreholes or probe holes could be drilled from the tunnel face during construction. The Board is of the view that both the tunnel and street options are technically feasible, and accepts Trans Mountain's proposal that the streets option be considered as an alternative to the tunnel option.

The Board is not aware of the use of the concrete or grout-filled tunnel installation method for other hydrocarbon pipelines in Canada. The Board is concerned that damage to the pipe or coating may occur during installation of the pipelines or grouting, and that there will be limited accessibility for future maintenance and

repairs. The Board is also concerned that there may be voids or that cracks could form in the grout. The Board would require Trans Mountain to address these and other matters, including excavation, pipe handling, backfilling, pressure testing, cathodic protection, and leak detection, through the fulfillment of Conditions 26, 27 and 28 on tunnel design, construction, and operation.

The Board would impose Condition 29 regarding the quality and quantity of waste rock from the tunnel and Trans Mountain's plans for its disposal.

The Board would also impose Condition 143 requiring Trans Mountain to conduct baseline inspections, including in-line inspection surveys, of the new delivery pipelines in accordance with the timelines and descriptions set out in the condition. The Board is of the view that these inspections would aid in mitigating any manufacturing and construction related defects, and in establishing re-inspection intervals.

[312] Burnaby has not demonstrated how these reasons are inadequate.

Protection of municipal water sources

[313] While Burnaby enumerated this as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on this point and did not point to any particular section of the Board's reasons said to be deficient. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

Public interest

[314] Again, while Burnaby enumerated this issue as an issue on which the Board gave inadequate reasons, Burnaby made no submissions on the point.

[315] The Board's finding with respect to public interest is contained in Chapter 2 of the Board's report where, among other things, the Board described the respective benefits and burdens of the Project and then balanced the benefits and burdens in order to conclude that the

Project “is in the present and future public convenience and necessity, and in the Canadian public interest”. In the absence of submissions on the point, Burnaby has not demonstrated the reasons to be inadequate.

(vii) Trans Mountain’s reply evidence

[316] At paragraph 71 of its memorandum of fact and law, Tsleil-Waututh makes the bare assertion that the Board “permitted [Trans Mountain] to file improper reply evidence”. While Tsleil-Waututh referenced in a footnote its motion record filed in response to Trans Mountain’s reply evidence, it did not make any submissions on how the Board erred or how the reply evidence was improper. Nor did Tsleil-Waututh reference the Board’s reasons issued in response to its motion.

[317] Tsleil-Waututh argued before the Board that, rather than testing Tsleil-Waututh’s evidence through Information Requests, Trans Mountain filed extensive new or supplementary evidence in reply. Tsleil-Waututh alleged that the reply evidence was substantially improper in nature. Tsleil-Waututh sought an order striking portions of Trans Mountain’s reply evidence. In the alternative Tsleil-Waututh sought, among other relief, an order allowing it to issue Information Requests to Trans Mountain about its reply evidence and allowing it to file sur-reply evidence.

[318] The Board, in Ruling No. 96, found that Trans Mountain’s reply evidence was not improper. In response to the objections raised before it, the Board found that:

- Trans Mountain's reply evidence was not evidence that Trans Mountain ought to have brought forward as evidence-in-chief in order to meet its onus.
- Trans Mountain's reply evidence was filed in response to new evidence adduced by the interveners.
- Given the large volume of evidence filed by the interveners, the length of Trans Mountain's reply evidence was not a sufficient basis on which to find it to be improper.
- To the extent that portions of the reply evidence repeated evidence already presented, this caused no prejudice to the interveners who had already had an opportunity to test the evidence and respond to it.

[319] The Board allowed Tsleil-Waututh to test the reply evidence through one round of Information Requests. The Board noted that the final argument stage was the appropriate stage for interveners and Trans Mountain to make submissions to the Board about the weight to be given to the evidence.

[320] Tsleil-Waututh has not demonstrated any procedural unfairness arising from the Board's dismissal of its motion to strike portions of Trans Mountain's reply evidence.

(viii) Conclusion on procedural fairness

[321] For all the above reasons the applicants have not demonstrated that the Board breached any duty of procedural fairness.

- (b) Did the Board fail to decide certain issues before recommending approval of the Project?

[322] Both Burnaby and Coldwater make submissions on this issue. Additionally, Coldwater, Squamish and Upper Nicola make submissions about the Board's failure to decide certain issues in the context of the Crown's duty to consult. The latter submissions will be considered in the analysis of the adequacy of the Crown's consultation process.

[323] Burnaby's and Coldwater's submissions may be summarized as follows.

[324] Burnaby raises two principal arguments: first, the Board failed to consider and assess the risks and impacts of the Project to Burnaby, instead deferring the collection of information relevant to the risks and impacts and consideration of that information until after the decision of the Governor in Council when Trans Mountain was required to comply with the Board's conditions; and, second, the Board failed to consider alternative means of carrying out the Project and their environmental effects. Instead, contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to require Trans Mountain to include with its application an assessment of the Project's alternatives and failed to require Trans Mountain to provide adequate answers in response to Burnaby's multiple Information Requests about alternatives to the Project.

[325] With respect to the first error, Burnaby asserts that it is a "basic principle of law that a tribunal or a court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 142). In breach of this

principle, the Board did not require Trans Mountain to provide further evidence, nor did the Board weigh or decide conflicting evidence. Instead, the Board deferred assessment of critical issues by imposing a series of conditions on Trans Mountain.

[326] With respect to the second error, Burnaby states that Trans Mountain failed to provide evidence about alternative routes and locations for portions of the Project, including the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal. Thus, Burnaby says the Board “had no demonstrated basis on the record to decide” about preferred options or to decide that Trans Mountain used “criteria that justify and demonstrate how the proposed option was selected and why it is the preferred option.” (Burnaby’s memorandum of fact and law, paragraph 133).

[327] Coldwater asserts that contrary to paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the Board failed to look at the West Alternative as an alternative means of carrying out the Project. Briefly stated, the West Alternative is an alternative route for a segment of the new pipeline. The approved route for this segment of the new pipeline passes through the recharge zone of the aquifer that supplies the sole source of drinking water for 90% of the residents of the Coldwater Reserve and crosses two creeks which are the only known, consistent sources of water that feed the aquifer. The West Alternative is said by Coldwater to pose the least apparent danger to the aquifer.

[328] Trans Mountain responds that the Board considered the risks and impacts of the Project to Burnaby and determined that there was sufficient evidence to conclude that the Project can be constructed, operated and maintained in a safe manner. Further, it was reasonable for the Board

to implement conditions requiring Trans Mountain to submit additional information for Board review or approval throughout the life of the Project. This Court's role is not to reweigh evidence considered by the Board.

[329] Trans Mountain notes that the proponent's application and the subsequent Board hearing represent the process by which the Board collects enough information to ensure that a project can be developed safely and that its impacts are mitigated. At the end of the hearing, the Board requires sufficient information to assess the Project's impacts, and whether the Project can be constructed, operated and maintained safely, and to draft terms and conditions to attach to a certificate of public convenience and necessity, should the Governor in Council approve the Project. It follows that the Board did not improperly defer its consideration of Project impacts to the conditions.

[330] To the extent that some applicants suggest that the Board acted contrary to the "precautionary principle" Trans Mountain responds that the precautionary principle must be applied with the corollary principle of "adaptive management". Adaptive management responds to the difficulty, or impossibility, of predicting all of the environmental consequences of a project on the basis of existing knowledge. Adaptive management permits a project with uncertain, yet potentially adverse, environmental impacts to proceed based on mitigation measures and adaptive management techniques designed to identify and deal with unforeseen effects (*Canadian Parks and Wilderness Society v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2003 FCA 197, [2003] 4 F.C. 672, at paragraph 24).

[331] With respect to the assessment of alternative means, Trans Mountain notes that it presented evidence that it had conducted a feasibility analysis of alternative locations to the Westridge Marine Terminal and the Burnaby Terminal. Based on technical, economic and environmental considerations Trans Mountain had eliminated these options because of the significantly increased costs and larger environmental impacts associated with these alternatives.

[332] Trans Mountain also argues that it presented evidence to confirm that its routing criteria followed the existing pipeline alignment and other linear facilities wherever possible.

Additionally, it presented various routing alternatives to the Board. Trans Mountain's preferred corridor through Burnaby Mountain was developed in response to requests that it consider a trenchless option through Burnaby Mountain (as opposed to routing the new pipeline through residential streets). Further, while it had initially considered the West Alternative route around the Coldwater Reserve, Trans Mountain rejected this alternative because it necessitated two crossings of the Coldwater River and involved geo-technical challenges and greater environmental disturbances.

[333] Based on the evidence before it the Board found that:

- Trans Mountain provided an adequate assessment of technically and economically feasible alternatives, including alternative locations;
- the Burnaby Mountain corridor minimized Project impacts and risks;
- Trans Mountain's route selection process and criteria, and the level of detail it provided for its alternative means assessment, were appropriate; and
- the Board imposed Condition 39 to deal with Coldwater's concerns regarding the aquifer. This condition required Trans Mountain to file with the Board, at least six months prior to commencing construction between two specified points, a

hydrogeological report relating to Coldwater's aquifer. This report must describe, delineate and characterize a number of things. For example, based on the report's quantification of the risks posed to the groundwater supplies for the Coldwater Reserve, the report must "describe proposed measures to address identified risks, including but not limited to considerations related to routing, project design, operational measures, or monitoring".

[334] Trans Mountain submits that while the applicants disagree with the Board's finding about the range of alternatives, the Board has discretion to determine the range of alternatives it must consider and it is not this Court's role to reweigh the Board's assessment of the facts.

- (i) Did the Board fail to assess the risks and impacts posed by the Project to Burnaby?

[335] At paragraphs 278 to 291 I dealt with Burnaby's argument that the Board breached the duty of procedural fairness by deferring and delegating the assessment of important information. This argument covers much of the same ground, except it is not couched in terms of procedural fairness.

[336] The gist of Burnaby's concern is reflected in its argument that "[i]t is a basic principle of law that a tribunal or court must weigh and decide conflicting evidence. It cannot defer determinations post-judgment."

[337] This submission is best considered in concrete terms. The risks the Board is said not to have assessed are the risks posed by the Burnaby Terminal, the tunnel route through Burnaby Mountain, the Westridge Marine Terminal, the lack of available emergency fire response

resources to respond to a fire at the Westridge Marine and Burnaby terminals and, finally, the risk in relation to the evacuation of Simon Fraser University following an incident at the Burnaby Terminal. Illustrative of Burnaby's concerns is its specific and detailed argument with respect to the assessment of the risk associated with the Burnaby Terminal.

[338] With respect to the assessment of the risks associated with the Burnaby Terminal, Burnaby points to the report of its expert, Dr. Ivan Vince, which identified deficiencies or information gaps in Trans Mountain's risk assessment for the Burnaby Terminal. A second report prepared by Burnaby's Deputy Fire Chief identified gaps in Trans Mountain's analysis of fire risks and fire response capability.

[339] Burnaby acknowledges that the Board recognized these gaps and deficiencies. Thus, it found that while Trans Mountain claimed that boil-over events are unlikely, Trans Mountain "did not quantify the risks through a rigorous analysis" and that "a complete assessment of risk requires consideration of the cumulative risk from all tanks at a terminal". Burnaby argues, however, that despite recognizing this deficiency, the Board then failed to require Trans Mountain to provide further information and assessment prior to the issuance of the Board's report. Instead, the Board imposed conditions requiring Trans Mountain to file for the Board's approval a report revising the terminal risk assessments, including the Burnaby Terminal risk assessment, and including consideration of the risks not assessed (Conditions 22 and 129).

[340] Condition 22 specifically required the revised risk assessment to quantify and/or include the following:

- a. the effect of any revised spill burn rates;
- b. the potential consequences of a boil-over;
- c. the potential consequences of flash fires and vapour cloud explosions;
- d. the cumulative risk based on the total number of tanks in the terminal, considering all potential events (pool fire, boil-over, flash fire, vapour cloud explosion);
- e. the domino (knock-on) effect caused by a release of the contents of one tank on other tanks within the terminals and impoundment area(s), or other tanks in adjacent impoundment areas; and,
- f. risk mitigation measures, including ignition source control methods.

[341] The Board required that for those risks that could not be eliminated “Trans Mountain must demonstrate in each risk assessment that mitigation measures will reduce the risks to levels that are As Low As Reasonably Practicable (ALARP) while complying with the Major Industrial Accidents Council of Canada (MIACC) criteria for risk acceptability.”

[342] Burnaby concludes its argument on this point by stating that this demonstrates that when the Board completed its report and made its recommendation to the Governor in Council the Board did not have information on the risks enumerated in Condition 22, or information on whether these risks could be mitigated. It follows, Burnaby submits, that the Board failed in its duty to weigh and decide conflicting evidence.

[343] Burnaby advances similar arguments in respect of the other risks described above.

[344] In my view, Burnaby’s argument illustrates that the Board did look critically at the competing expert evidence about risk assessment. After weighing the competing expert reports, the Board determined that Burnaby’s evidence did reveal gaps and deficiencies in Trans

Mountain's risk assessments. Burnaby's real complaint is not that the Board did not consider and weigh conflicting evidence. Rather, its complaint is that the Board did not then require Trans Mountain to in effect re-do its risk assessment.

[345] However this, in my respectful view, overlooks the Board's project approval process, a process described in detail at paragraphs 285 to 287 above.

[346] This process does not require a proponent to file in its application information about every technical engineering detail. What is required is that by the end of the Board's hearing the Board have sufficient information before it to allow it to form its recommendation to the Governor in Council about whether the project is in the public interest and, if approved, what conditions should attach to the project. Included in the consideration of the public interest is whether the project can be constructed, operated and maintained safely.

[347] This process reflects the technical complexity of projects put before the Board for approval. What was before the Board for consideration was Trans Mountain's study and application for approval of a 150 metre-wide pipeline corridor for the proposed pipeline route. At the hearing stage much of the information filed with the Board about the engineering design was at a conceptual or preliminary level.

[348] Once a project is approved, one of the next steps in the regulatory process is a further hearing for the purpose of confirming the detailed routing of a project. Only after the detailed route is approved by the Board can site-specific engineering information be prepared and filed

with the Board. Similarly, detailed routing information is necessary before things such as a fully detailed emergency response plan acceptable to the Board may be prepared and filed (report, page 7).

[349] The Board describes the approval of a project to be “just one phase” in the Board’s lifecycle regulation. Thereafter the Board’s public interest determination “relies upon the subsequent execution of detailed design, construction, operation, maintenance and, ultimately, abandonment of a project in compliance with applicable codes, commitments and conditions” (report, page 19).

[350] As stated above, implicit in the Board’s imposition of a condition is the Board’s expert view that the condition can realistically be complied with, and that compliance with the condition will allow the pipeline to be constructed, operated and maintained in a safe manner. After the Board imposes conditions, mechanisms exist for the Board to assess information filed in response to its conditions and to oversee compliance with its conditions.

[351] Burnaby obviously disagrees with the Board’s assessment of risk. However, Burnaby has not shown that the Board’s approval process is in any way contrary to the legislative scheme. Nor has it demonstrated that the approval process impermissibly defers determinations post-judgment. Courts cannot determine issues after a final judgment is rendered because of the principle of *functus officio*. While this principle has some application to administrative decision-makers it has less application to the Board whose mandate is ongoing to regulate through a project’s entire lifecycle.

- (ii) Did the Board fail to consider alternative means of carrying out the Project?

[352] As explained above, Burnaby's concern is that Trans Mountain did not provide sufficient information to allow the Board to conclude that Trans Mountain's assessment of alternatives was adequate. Burnaby says that the Board simply accepted Trans Mountain's unsupported assertion that the alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" without testing Trans Mountain's assertion. Burnaby argues that evidence is required to support that assertion "so that the evidence may be tested by intervenors and weighed by the Board in determining whether the preferred location is the best environmental alternative and in the public interest." (Burnaby's memorandum of fact and law, paragraph 136).

[353] I begin consideration of Burnaby's submission with the observation that Burnaby's challenge is a challenge to the Board's assessment of the sufficiency of the evidence before it. The Board, as an expert Tribunal, is entitled to significant deference when making such a fact-based assessment.

[354] Moreover, in my respectful view, Burnaby's submission fails to take into account that paragraph 19(1)(g) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* does not require the Board to have regard to any and all alternative means of carrying out a designated project. The Board is required to consider only those alternative means that are "technically and economically feasible".

[355] While Burnaby relies upon guidance from the Canadian Environmental Assessment Agency as to the steps to be followed in the assessment of alternative means, and also relies upon the guidance set out in the Board's Filing Manual about the filing requirements for the consideration of alternatives, these criteria apply only to the treatment of true alternatives, that is alternatives that are technically and economically feasible.

[356] I now turn to Burnaby's specific concern that the Board simply accepted Trans Mountain's assertion that Project alternatives would result in "significantly greater cost, larger footprint and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities" without testing this assertion. Burnaby argues that the Board was obliged to require that Trans Mountain provide evidence about alternative routes and locations for the Burnaby Terminal and the Westridge Marine Terminal so that the evidence could be tested by it and other interveners.

[357] The impugned quotation comes from Trans Mountain's response to Burnaby's first Information Request (Exhibit H to the affidavit of Derek Corrigan). As previously referred to above at paragraph 269, in addition to Burnaby's Information Requests, the Board also served two Information Requests on Trans Mountain questioning it about alternative marine terminals.

[358] The preamble to the Board's second Information Request referenced Trans Mountain's first response to the Board in which it stated that it had considered potential alternative marine terminal locations based on the feasibility of coincident marine and pipeline access, and screened them based on technical, economic, and environmental considerations. The preamble also referenced Trans Mountain's response that it had ultimately concluded that constructing and

operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint and significantly greater environmental effects as compared to the existing facilities. Based on this conclusion Trans Mountain did not continue with a further assessment of alternative termini for the Project.

[359] One of the specific inquiries directed to Trans Mountain by the Board in its second Information Request was:

Please elaborate on Trans Mountain's rationale for the Westridge Marine Terminal as the preferred alternative, including details to justify Trans Mountain's statement in [Trans Mountain's response to the Board's first Information Request] that constructing and operating a new marine terminal and supporting infrastructure would result in significantly greater cost, a larger footprint, and additional environmental effects, as compared to expanding existing facilities.

[360] In its response to the Board, Trans Mountain began by explaining the consideration it had given the option of a northern terminal. Trans Mountain's assessment ultimately "favoured expansion of the existing system south over a new northern lateral [pipeline] and terminal." This assessment was based on the following considerations. The northern option involved:

- A 250 kilometre longer pipeline with a concomitant 10% to 20% higher project capital cost.
- Greater technical challenges, including routing through high alpine areas of the Coast Mountains, or extensive tunneling to avoid these areas. These technical challenges, while not determined to be insurmountable, resulted in greater uncertainty for both cost and construction schedule.
- Fewer opportunities to benefit from existing operations, infrastructure and relationships. These benefits involved both using the existing Trans Mountain right-of-way, facilities, programs and personnel, and the synergies flowing from other existing infrastructure such as road access, power, and marine infrastructure.

The inability to benefit from existing operations would increase the footprint and the potential impact of the northern option.

[361] Based on these considerations, Trans Mountain concluded that expansion along the existing Trans Mountain pipeline route was the more favourable option because of the higher costs and the greater uncertainty of both cost and schedule that accompanied the northern option.

[362] Trans Mountain then turned to explain its consideration of the alternative southern terminals. Five southern alternative locations were considered: (i) Howe Sound, which was eliminated because there was no feasible pipeline access west of Hope, it would require a new lateral pipeline from the Kamloops area, it involved extreme terrain and there was limited land available in close proximity for storage facilities; (ii) Vancouver Harbour, which was eliminated because there were no locations with coincident feasible pipeline access and no land for storage facilities; (iii) Sturgeon Bank, which was eliminated because there was no feasible land available in close proximity for storage facilities; (iv) Washington State, which was eliminated because it involved a longer pipeline and complex regulatory issues (including additional permits required by both Washington State and federal authorities); and, (v) Boundary Bay, which was eliminated because of insufficient water depth.

[363] This left for consideration Roberts Bank. Trans Mountain conducted a screening level assessment based on “desktop studies” of technical, economic and environmental considerations for marine access, storage facilities and pipeline routing for a terminal at that location.

[364] After setting out the assumed technical configuration for the Roberts Bank dock, storage and pipeline, Trans Mountain reviewed the engineering and geotechnical considerations. While no unsurmountable engineering or geotechnical issues were identified, Trans Mountain's assessment showed that relative to the Westridge Marine Terminal, the Roberts Bank alternative "required a significantly larger dock structure, a large new footprint for the storage terminal, a longer right of way, and a greater diversion from the existing corridor. The extent and cost of ground improvement necessary for the dock and storage terminal also presented a significant source of uncertainty."

[365] Trans Mountain then reviewed the relevant environmental considerations. Trans Mountain's assessment showed that while both Westridge and Roberts Bank:

... have unique and important environmental values, based on the setting the environmental conditions at Roberts Bank appeared to be more substantial and uncertain than at Westridge Terminal, particularly given the larger footprint required for the dock and storage terminal. Without effective mitigation accidents or malfunctions at Roberts Bank could result in greater and more immediate consequences for the natural [environment].

[366] Trans Mountain then detailed the salient First Nations' considerations. For the purpose of the screening assessment, Trans Mountain assumed First Nation concerns and interests to be similar to those for the Westridge Terminal and likely to include concerns for impacts on traditional rights, environmental protection, and potential interest in economic opportunities.

[367] Trans Mountain then reviewed the land use considerations, concluding that relative to the Westridge Terminal "the Roberts Bank alternative would result in a greater change in land use both for the storage terminal and the dock structure. As surrounding development is less than that

for Westridge accidents or malfunctions at this location would be expected to affect fewer people.”

[368] Trans Mountain’s assessment next looked to the estimated cost differences. While operating costs were not quantified for comparison purposes, “given the additional dock and storage terminal required these costs would be higher for the Roberts Bank alternative.”

[369] The assessment then looked at marine access considerations. While Roberts Bank offered a shorter and relatively less complex marine transit:

[T]here is an existing well established marine safety system for vessels calling at Westridge. Although Roberts Bank would allow service to larger vessels which would result in potentially lower transport costs for shippers and lower probability of oil spill accidents larger cargos result in potentially larger spill volumes. While the overall effect on marine spill risk was not determined it is expected that larger cargos would require a greater investment in spill response.

[370] Trans Mountain then set out the conclusions it drew from its assessment. While the Westridge and Roberts Bank terminal alternatives each had positive and negative attributes, especially when viewed from any one perspective, overall Trans Mountain’s rationale for the Westridge Marine Terminal as a preferred alternative was based on the expectation that Roberts Bank would result in:

- Significantly greater cost—Trans Mountain estimated a \$1.2 billion higher capital cost and assumed higher operating costs for the Roberts Bank alternative.
- A larger footprint and additional environmental effects—Roberts Bank would result in an additional storage terminal with an estimated 100 acres of land required, a larger dock structure with a 7 kilometre trestle, and a 14 kilometre longer pipeline that diverges further from the existing pipeline corridor.

[371] I have set out Trans Mountain's response to the Board at some length because of the importance of this issue to Burnaby. In my view, two points arise from Trans Mountain's response to the Board.

[372] First, its response was not as conclusory as Burnaby's submission might suggest. Second, Trans Mountain's explanation for eliminating a northern alternative and the six, southern alternatives on the ground they were not technically or economically feasible was based on factual and technical considerations well within the expertise of the Board. To illustrate, the Board would have an understanding of the technical challenges posed when routing through high alpine areas. It would also be familiar with considerations such as the expense and environmental impact that accompany the construction of a longer pipeline, away from an existing pipeline corridor, or a new storage facility. The Board would have an appreciation of the need for coincident pipeline access and land for storage facilities and of the efficiencies that flow from things such as the use of existing infrastructure and relationships.

[373] In relevant part, the Board's conclusion on alternative means was:

The Board finds that Trans Mountain's route selection process, route selection criteria, and level of detail for its alternative means assessment are appropriate. The Board further finds that aligning the majority of the proposed pipeline route alongside, and contiguous to, existing linear disturbances is reasonable, as this would minimize the environmental and socio-economic impacts of the Project.

The Board acknowledges the concern raised by the City of Burnaby that Trans Mountain did not provide an assessment of the risks, impacts and effects of the alternate marine terminal locations at Kitimat, B.C., or Roberts Bank in Delta, B.C. The Board finds that Trans Mountain has provided an adequate assessment, including consideration of technical, socio-economic and environmental effects, of technically and economically feasible alternative marine terminal locations.

(underlining added)

[374] Burnaby has not demonstrated that the Board's finding that Trans Mountain provided an appropriate level of detail in its alternative means assessment was flawed. This was a fact-based assessment well within the Board's area of expertise.

- (iii) Did the Board fail to look at the West Alternative as an alternative route for the new pipeline?

[375] In its project application, Trans Mountain initially proposed four alternative routes for the new pipeline through the Coldwater River Valley. These were referred to as the Modified Reserve Route, the East Alternative, the Modified East Alternative and the West Alternative. While initially its preferred route was identified to be the East Alternative, Trans Mountain later changed its preferred route to be the Modified East Alternative. Coldwater alleges that at some point early in the process Trans Mountain unilaterally withdrew the West Alternative from consideration without notice to Coldwater. Coldwater also alleges that the East and Modified East Alternatives pose the greatest risk of contaminating the aquifer that supplies drinking water to the Coldwater Reserve, and that the West Alternative is the only route to pose no apparent threat to the aquifer.

[376] Before the Board, Coldwater argued that Trans Mountain did not adequately assess alternative locations for the new pipeline through the Coldwater River Valley. Coldwater requested that the Board require a re-examination of routing options for the Coldwater River Valley before any recommendation on the Project was made.

[377] The Board, in its report, acknowledged Coldwater's concerns at pages 241, 285 and 289.

[378] The Board noted, at page 245, that “the detailed route for the Project has not been finalized, and that this hearing assessed the general route for the Project, the potential environmental and socio-economic effects of the Project, as well as all evidence and commitments made by Trans Mountain regarding the design, construction and safe operation of the pipeline and associated facilities.”

[379] At page 290 the Board found that Trans Mountain had not sufficiently shown that there was no potential interaction between the aquifer underlying the Coldwater Reserve and the proposed Project route. Therefore, the Board imposed Condition 39 requiring Trans Mountain to file a hydrogeological study to more precisely determine the potential for interactions and impacts on the aquifer and to assess the need for any additional measures to protect the aquifer, including monitoring measures (Condition 39 was described in greater detail above at paragraph 333).

[380] Coldwater argues that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means of carrying out the designated project. Further, this breach cannot be cured at the detailed route hearing because at a detailed route hearing the Board can only consider limited routing options within the approved pipeline corridor. The West Alternative is well outside the approved corridor. Coldwater submits that the Board’s only option at the detailed route hearing is to decline to approve the detailed routing and to reject Trans Mountain’s Plan, Profile and Book of Reference (PPBoR); Coldwater says this is an option the Board would be unwilling to pursue given the Project’s post-approval momentum.

[381] I agree that at a detailed route hearing the Board may only approve, or refuse to approve, a proponent's PPBoR. However, this does not mean that at a detailed route hearing the Board is precluded from considering routes outside of the approved pipeline corridor.

[382] Subsection 36(1) of the *National Energy Board Act* requires the Board "to determine the best possible detailed route of the pipeline and the most appropriate methods and timing of constructing the pipeline." This provision does not limit the Board to considering the best possible detailed route within the approved pipeline corridor. This was recognized by the Board in *Emera Brunswick Pipeline Company Ltd. (Re)*, 2008 LNCNEB 10, at page 30.

[383] Additionally, section 21 of the *National Energy Board Act* permits the Board to review, vary or rescind any decision or order, and in *Emera* the Board recognized, at page 31, that where a proposed route is denied on the basis of evidence of a better route outside of the approved pipeline corridor an application may be made under section 21 to vary the corridor in that location.

[384] It follows that the Board would be able to vary the route of the new pipeline should the hydrogeological study to be filed pursuant to Condition 39 require an alternative route, such as the West Alternative route, in order to avoid risk to the Coldwater aquifer.

[385] As the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue, depending on the findings of the hydrogeological report, it follows that Coldwater has not demonstrated that the Board breached its statutory obligation to consider alternative means.

[386] The next error said to vitiate the Board's report is its alleged failure to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal.

- (c) Did the Board fail to consider alternatives to the Westridge Marine Terminal?

[387] In my view, this issue was fully canvassed in the course of considering Burnaby's argument that the Board impermissibly failed to decide certain issues for recommended approval of the Project.

- (d) Did the Board err by failing to assess Project-related marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*?

[388] Tsleil-Waututh argues that the Board breached the requirements of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by excluding Project-related marine shipping from the definition of the "designated project" which was to be assessed under that Act. In turn, the Governor in Council is said to have unreasonably exercised its discretion when it relied upon the Board's materially flawed report—in effect the Governor in Council did not have a "report" before it and, thus, could not proceed to its decision. Tsleil-Waututh adds that the Board failed to comply with the requirements of subsection 31(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* by:

- i. failing to determine whether the environmental effects of Project-related marine shipping are likely, adverse and significant;
- ii. concluding that the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects; and,

- iii. failing to determine whether the significant adverse environmental effects likely to be caused by Project-related marine shipping can be justified under the circumstances.

[389] The significant adverse effect of particular concern to Tsleil-Waututh are the Project's significant adverse effects upon the endangered Southern resident killer whales and their use by Indigenous peoples.

[390] Tsleil-Waututh's submissions are adopted by Raincoast and Living Oceans. To these submissions they add that the Board's decision to exclude Project-related shipping from the definition of the "designated project" was not a discretionary scoping decision as Trans Mountain argues. Rather, the Board erroneously interpreted the statutory definition of "designated project".

[391] The definition of "designated project" is found in section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*: see paragraph 57 above. The parties agree that the issue of whether Project-related marine shipping ought to have been included as part of the defined designated project turns on whether Project-related marine shipping is a "physical activity that is incidental" to the pipeline component of the Project. This is not a pure issue of statutory interpretation. Rather, it is a mixed question of fact and law heavily suffused by evidence.

[392] In response to the submissions of Tsleil-Waututh, Raincoast and Living Oceans, Canada and Trans Mountain make two submissions. First, they submit that the Board reasonably concluded that the increase in marine shipping was not part of the designated project. Second,

and in any event, they argue that the Board conducted an extensive review of marine shipping. Therefore, the question for the Court becomes whether the Board's assessment was substantively adequate, such that the Governor in Council still had a "report" before it such that the Board's assessment could be relied upon. Canada and Trans Mountain answer that question in the affirmative.

[393] Before commencing my analysis, it is important to situate the Board's scoping decision and the exclusion of Project-related shipping from the definition of the Project. The definition of the designated project truly frames the scope of the Board's analysis. Activities included as part of the designated project are assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* with its prescribed list of factors to be considered. Further, as the Board acknowledged in Chapter 10 of its report, the *Species at Risk Act* imposes additional obligations on the Board when a designated project is likely to affect a listed wildlife species. These obligations are discussed below, commencing at paragraph 442.

[394] This assessment is to be contrasted with the assessment of activities not included in the definition of the designated project. These excluded activities are assessed under the *National Energy Board Act* if the Board is of the opinion that any public interest may be affected by the issuance of a certificate of public convenience and necessity, or by the dismissal of the proponent's application. On this assessment the Board is to have regard to all considerations that "appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant". Parenthetically, to the extent that there is potential for the effects of excluded activities to interact with the

environmental effects of a project, these effects are generally assessed under the cumulative effects portion of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* environmental assessment.

[395] I begin my analysis with Trans Mountain’s application to the Board for a certificate of public convenience and necessity for the Project. In Volume 1 of the application, at pages 1-4, Trans Mountain describes the primary purpose of the Project to be “to provide additional transportation capacity for crude oil from Alberta to markets in the Pacific Rim including BC, Washington State, California and Asia.” In Volume 2 of the application, at pages 2-27, Trans Mountain describes the marine shipping activities associated with the Project. Trans Mountain notes that of the 890,000 barrels per day capacity of the expanded system, up to 630,000 barrels per day, or 71%, could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. To place this in perspective, currently in a typical month five tankers are loaded with diluted bitumen at the Westridge Marine Terminal, some of which are the smaller, Panamax tankers. The expanded system would be capable of serving up to 34 of the larger, Aframax tankers per month (with actual demand influenced by market conditions).

[396] This evidence demonstrates that marine shipping is, at the least, an element that accompanies the Project. Canada argues that an element that accompanies a physical activity while not being a major part of the activity is not “incidental” to the physical activity. Canada says that this was what the Board implicitly found.

[397] The difficulty with this submission is that it is difficult to infer that this was indeed the Board’s finding, albeit an implicit finding. I say this because in its scoping decision the Board

gave no reasons for its conclusion. In the second paragraph of the decision, under the introductory heading, the Board simply set out its conclusion:

For the purposes of the environmental assessment under the CEAA 2012, the designated project includes the various components and physical activities as described by Trans Mountain in its 16 December 2013 application submitted to the NEB. The Board has determined that the potential environmental and socio-economic effects of increased marine shipping activities to and from the Westridge Marine Terminal that would result from the designated project, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, will be considered under the NEB Act (see the NEB's Letter of 10 September 2013 for filing requirements specific to these marine shipping activities). To the extent that there is potential for environmental effects of the designated project to interact with the effects of the marine shipping, the Board will consider those effects under the cumulative effects portion of the CEAA 2012 environmental assessment.

(underlining added)

[398] Having defined the designated project not to include the increase in marine shipping, the Board dealt with the Project-related increase in marine shipping activities in Chapter 14 of its report. Consistent with the scoping decision, at the beginning of Chapter 14 the Board stated, at page 323:

As described in Section 14.2, marine vessel traffic is regulated by government agencies, such as Transport Canada, Port Metro Vancouver, Pacific Pilotage Authority and the Canadian Coast Guard, under a broad and detailed regulatory framework. The Board does not have regulatory oversight of marine vessel traffic, whether or not the vessel traffic relates to the Project. There is an existing regime that oversees marine vessel traffic. The Board's regulatory oversight of the Project, as well as the scope of its assessment of the Project under the *Canadian Environmental Assessment Act* (CEAA 2012), reaches from Edmonton to Burnaby, up to and including the Westridge Marine Terminal (WMT). However, the Board determined that potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur, are relevant to the Board's consideration of the public interest under the NEB Act. Having made this determination, the Board developed a set of Filing Requirements specific to the issue of the potential effects of Project-related marine shipping activities to complement the Filing Manual.

(underlining added, footnotes omitted)

[399] Two points emerge from this passage. The first point is the closest the Board came to explaining its scoping decision was that the Board did not have regulatory oversight over marine vessel traffic. There is no indication that the Board grappled with this important issue.

[400] The issue is important because the Project is intended to bring product to tidewater; 71% of this product could be delivered to the Westridge Marine Terminal for shipment by tanker. Further, as explained below, if Project-related shipping forms part of the designated project additional requirements apply under the *Species at Risk Act*. Finally, Project-related tankers carry the risk of significant, if not catastrophic, adverse environmental and socio-economic effects should a spill occur.

[401] Neither Canada nor Trans Mountain point to any authority to the effect that a responsible authority conducting an environmental assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* must itself have regulatory oversight over a particular subject matter in order for the responsible authority to be able to define a designated project to include physical activities that are properly incidental to the Project. The effect of the respondents' submission is to impermissibly write the following italicized words into the definition of "designated project": "It includes any physical activity that is incidental to those physical activities *and that is regulated by the responsible authority.*"

[402] In addition to being impermissibly restrictive, the Board's view that it was required to have regulatory authority over shipping in order to include shipping as part of the Project is

inconsistent with the purposes of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* enumerated in subsection 4(1). These purposes include protecting the components of the environment that are within the legislative authority of Parliament and ensuring that designated projects are considered in a careful and precautionary manner to avoid significant adverse environmental effects.

[403] The second point that arises is that the phrase “incidental to” is not defined in the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. It is not clear that the Board expressly directed its mind to whether Project-related marine shipping was in fact an activity “incidental” to the Project. Had it done so, the Canadian Environmental Assessment Agency’s “Guide to Preparing a Description of a Designated Project under the Canadian Environmental Assessment Act, 2012” provides a set of criteria relevant to the question of whether certain activities should be considered “incidental” to a project. These criteria are:

- i. the nature of the proposed activities and whether they are subordinate or complementary to the designated project;
- ii. whether the activity is within the care and control of the proponent;
- iii. if the activity is to be undertaken by a third party, the nature of the relationship between the proponent and the third party and whether the proponent has the ability to “direct or influence” the carrying out of the activity;
- iv. whether the activity is solely for the benefit of the proponent or is available for other proponents as well; and,
- v. the federal and/or provincial regulatory requirements for the activity.

[404] The Board does not advert to, or grapple with, these criteria in its report. Had the Board grappled with these criteria it would have particularly considered whether marine shipping is

subordinate or complementary to the Project and whether Trans Mountain is able to “direct or influence” aspects of tanker operations.

[405] In this regard, Trans Mountain stated in its application, on pages 8A-33 to 8A-34, that while it did not own or operate the vessels calling at the Westridge Marine Terminal, “it is an active member in the maritime community and works with BC maritime agencies to promote best practices and facilitate improvements to ensure the safety and efficiency of tanker traffic in the Salish Sea.” Trans Mountain also referenced its Tanker Acceptance Standard whereby it can prevent any tanker not approved by it from loading at the Westridge Marine Terminal.

[406] The Board recognized Trans Mountain’s ability to give directions to tanker operators in Conditions 133, 134 and 144 where, among other things, the Board required Trans Mountain to:

- confirm that it had implemented its commitments to enhanced tug escort by prescribing minimum tug capabilities required to escort outbound, laden tankers and by including these minimum capabilities as part of its Tanker Acceptance Standard;
- file an updated Tanker Acceptance Standard and a summary of any revisions made to the Standard; and,
- file annually a report documenting the continued implementation of Trans Mountain’s marine shipping-related commitments noted in Condition 133, any instances of non-compliance with Trans Mountain’s requirements and the steps taken to correct instances of non-compliance.

[407] To similar effect, as discussed below in more detail, Trans Mountain committed in the TERMPOL review process to require, through its tanker acceptance process, that tankers steer a certain course upon exiting the Juan de Fuca Strait.

[408] Trans Mountain's ability to "direct or influence" tanker operations was a relevant factor for the Board to consider.

[409] The Board's reasons do not well-explain its scoping decision, do not grapple with the relevant criteria and appear to be based on a rationale that is not supported by the statutory scheme. As explained in more detail below, it follows that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a "report" that permitted the Governor in Council to make its decision.

[410] It follows that it is necessary to consider the respondents' alternate submission that the assessment the Board conducted was, nevertheless, substantially adequate such that the Governor in Council could rely upon it for the purpose of assessing the public interest and the environmental effects of the Project. To do this I will first consider the deficiencies said to arise from the assessment of Project-related shipping under the *National Energy Board Act*, as opposed to its assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*. I will then turn to the Board's findings, as set out in its report, in order to determine whether the Board's report was materially deficient or substantially adequate.

- (i) The deficiencies said to arise from the Board's assessment of Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*

[411] Had the Project been defined to include Project-related marine shipping, subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* would have required the Board to

consider, and make findings, concerning the factors enumerated in section 19. In the present case, these include:

- the environmental effects of marine shipping, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project, and any cumulative effects likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have or will be carried out;
- the significance of these effects;
- mitigation measures that are technically and economically feasible that would mitigate any significant adverse effects of marine shipping; and,
- alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible. This would include alternate shipping routes.

[412] I now turn to address the Board’s consideration of Project-related shipping.

- (ii) The Board’s consideration of Project-related marine shipping and its findings

[413] I begin by going back to the Board’s statement, quoted above at paragraph 398, that “potential environmental and socio-economic effects of Project-related tanker traffic, including the potential effects of accidents or malfunctions that may occur” were relevant to the Board’s consideration of the public interest under the *National Energy Board Act*. In this context, in order to ensure that the Board had sufficient information about those effects, the Board developed the specific filing requirements referred to by the Board in the passage quoted above.

[414] These filing requirements required Trans Mountain to provide a detailed description of the increase in marine shipping activities including: the frequency of passages, passage routing,

speed, and passage transit time; and, the alternatives considered, such as passage routing, frequency of passages and tanker type utilized.

[415] Trans Mountain's assessment of accidents and malfunctions related to the increase in marine shipping was required to include descriptions of matters such as:

- measures to reduce the potential for accidents and malfunctions to occur, including an overview of relevant regulatory regimes;
- credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios;
- the fate and behaviour of any hydrocarbons that may be spilled;
- the potential environmental and socio-economic effects of credible worst case spill scenarios and smaller spill scenarios, taking into account the season-specific behaviour, trajectory, and fate of the hydrocarbon(s) spilled, as well as the range of weather and marine conditions that could prevail during the spill event; and,
- Trans Mountain's preparedness and response planning, including an overview of the relevant regulatory regimes.

[416] Trans Mountain was required to provide information on navigation and safety including:

- an overview of the relevant regulatory regimes and the role of the different organizations involved;
- any additional mitigation measures in compliance with, or exceeding regulatory requirements, proposed by Trans Mountain to further facilitate marine shipping safety; and,
- an explanation of how the regulatory regimes and any additional measures promote the safety of the increase in marine shipping activities.

[417] The filing requirements also required specific information relating to all mitigation measures related to the increase in marine shipping activities.

[418] I now turn to specifically consider Chapter 14 of the Board’s report and its consideration of the Project-related increase in marine shipping activities. Because the applicants’ primary concern centers on the Project’s impact on the Southern resident killer whales and their use, I will focus on the Board’s consideration of this endangered species, including spill prevention and the effects of spills. The Board did also consider and make findings about the impact of increased Project-related shipping on air emissions, greenhouse gases, marine and fish habitat, marine birds, socio-economic effects, heritage resources and human health effects.

[419] The Board began by describing the extent of existing, future, and Project-related shipping activities. It then moved to a review of the regulatory framework and some federal improvement initiatives. The Board’s report describes how marine shipping is regulated under the *Canada Shipping Act, 2001*, S.C. 2001, c. 26 and administered by Transport Canada, the Canadian Coast Guard and other government departments.

[420] The Board then moved, in Section 14.3, to the assessment of the effects of increased marine shipping, focusing on changes to the environmental and socio-economic setting caused by the routine operation of Project-related marine vessels. It noted that while it assessed the potential environmental and socio-economic factors of increased marine shipping as part of its public interest determination under the *National Energy Board Act*, the Board “followed an approach similar to the environmental assessment conducted under [the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*] ... to the extent it was appropriate, to inform the Board’s public interest determination.”

[421] The Board went on to explain that in order to consider whether the effects of marine shipping were likely to cause significant environmental effects, it considered the existing regulatory scheme in the absence of any specific mitigation measures. This reflected the Board's view that since marine shipping was beyond its regulatory authority, it did not have the ability to impose specific mitigation conditions to address environmental effects of Project-related marine shipping. The Board also explained that it considered any cumulative effects that were likely to arise from Project-related shipping, in combination with environmental effects arising from other current or reasonably foreseeable marine vessel traffic in the area.

[422] Finally, before turning to its assessment of the Project's effects, the Board stated that its assessment had considered:

- adverse impacts of Project-related marine shipping on *Species at Risk Act* (SARA)-listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce impact on SARA-listed species' critical habitat; and,
- measures to avoid or lessen any adverse impacts, consistent with applicable recovery strategies or action plans.

[423] The Board then went on to make the following findings and statements with respect to marine mammals generally:

- Underwater noise from Project-related marine vessels would result in sensory disturbances to marine mammals. The disturbance is expected to be long-term as it is likely to occur for the duration of operations of Project-related vessel traffic.
- When assessing the impact of Project-related shipping on specific species, the Board's approach was to consider the temporal and spatial impact, and its reversibility.

- Project-related marine vessels have the potential to strike a marine mammal, which could result in lethal or non-lethal effects. Further, the increase in Project-related marine traffic would contribute to the cumulative risk of marine mammal vessel strikes. The Board acknowledged Trans Mountain's commitment to provide explicit guidance for reporting both marine mammal vessel strikes and mammals in distress to appropriate authorities.
- The Board accepted the evidence of the Department of Fisheries and Oceans and Trans Mountain to the effect that there were no direct mitigation measures that Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers. It recognized that altering vessel operations, for example by shifting shipping lanes away from marine mammal aggregation areas or reducing marine vessel speed, could be an effective mitigation measure. However, these specific measures were outside of the Board's regulatory authority, and out of Trans Mountain's control. The Board encouraged other regulatory authorities, such as Transport Canada or Fisheries and Oceans Canada to explore initiatives that would aim to reduce the potential effects of marine vessels on marine mammals.
- The Board recognized initiatives currently underway, or proposed, and noted Trans Mountain's commitment to participate in some of these initiatives. The Board imposed Condition 132 requiring Trans Mountain to develop a Marine Mammal Protection Program, and to undertake or support initiatives that focus on understanding and mitigating Project-related effects. Such Protection Program is to be filed prior to the commencement of Project operations.
- The Board explained that Condition 132 was meant to ensure that Trans Mountain fulfilled its commitments to participate in the development of industry-wide shipping practices in conjunction with the appropriate authorities. At the same time, the Board recognized that the Marine Mammal Protection Program offered no assurance that effective mitigation would be developed and implemented to address Project-related effects on marine mammals.
- The Board acknowledged the recommendation of the Department of Fisheries and Oceans that Trans Mountain explore the use of marine mammal on-board

observers on Project-related marine vessels. The Board expressed its agreement and set out its expectation that it would see an initiative of this type incorporated as part of Trans Mountain's Marine Mammal Protection Program.

[424] The Board also acknowledged Trans Mountain's commitment to require Project-related marine vessels to meet any future guidelines or standards for reducing underwater noise from commercial vessels as they come into force.

[425] The Board went on to make the following findings with specific reference to the Southern resident killer whale:

- The Southern resident killer whale population has crossed a threshold where any additional adverse environmental effects would be considered significant. The current level of vessel traffic in the regional study area and the predicted future increase of vessel traffic in that area, even excluding Project-related marine vessels, “have and would increase the pressure on the Southern resident killer whale population.”
- The Board expressed its expectation that Project-related marine vessels would represent a maximum of 13.9% of all vessel traffic in the regional study area, excluding the Burrard Inlet, and would decrease over time as the volume of marine vessel movements in the area is anticipated to grow. Therefore, while the effects from Project-related marine vessels would be a small fraction of the total cumulative effects, the Board acknowledged that this increase in marine vessels associated with the Project “would further contribute to cumulative effects that are already jeopardizing the recovery of the Southern resident killer whale. The effects associated with Project-related marine vessels will impact numerous individuals of the Southern resident killer whale population in a habitat identified as critical to the recovery”. The Board classified these effects as “high magnitude”. Consequently, the Board found that “the operation of Project-related

marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”

- The Board recognized that the “Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whale” prepared by the Department of Fisheries and Oceans identified vessel noise as “a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.”
- The Board noted that the death of a Southern resident killer whale from a Project-related marine vessel collision, despite the low likelihood of such an event, would have population level consequences. The Board acknowledged that Project-related marine vessels would encounter a killer whale relatively often, however, “given the limited number of recorded killer whale marine vessel strikes and the potential avoidance behaviors of killer whales” the Board accepted the evidence of Trans Mountain and the Department of Fisheries and Oceans that the probability of a Project-related marine mammal vessel strike on a Southern resident killer whale was low.
- The Board expressed the view that the recovery of the Southern resident killer whale requires complex, multi-party initiatives, and that the Department of Fisheries and Oceans and other organizations are currently undertaking numerous initiatives to support the recovery of the species, including finalizing an action plan. The Board acknowledged Trans Mountain’s commitment to support the objectives and recovery measures identified in the action plan. The draft action plan included a detailed prioritized list of initiatives. The Board expressed its expectation that Trans Mountain would support these initiatives within the Marine Mammal Protection Program. The Board encouraged initiatives, including initiatives of the federal government, to prioritize and implement specific measures to promote recovery of the species.
- Finally, the Board concluded that “the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale.”

[426] The Board then considered the impact of marine shipping on the traditional use of marine resources by Indigenous communities, finding that:

- There would be disruptions to Indigenous marine vessels and harvesters, and this may disrupt activities or access to specific sites. However, in the Board's view these disruptions would be temporary, occurring only during the period of time when Project-related tanker vessels are in transit. Thus, it was of the view that Indigenous marine vessel users would maintain the ability to continue to harvest marine resources and to access subsistence and cultural sites in the presence of these periodic and short-term disruptions.
- Therefore, the Board found that, with the exception of the effects on the Southern resident killer whale, the magnitude of effects of Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource uses, activities and sites would be low.
- Given the low frequency, duration and magnitude of effects associated with potential disruptions, and Trans Mountain's commitments to provide regular updated information on Project-related marine vessel traffic to Indigenous communities, the Board found that adverse effects on traditional marine resource uses, activities and sites were not likely and that, overall, Project-related marine traffic's contribution to overall effects related to changes in traditional marine use patterns was not likely to be significant.
- Project-related marine traffic's contribution to cumulative effects was found to be of low to medium magnitude, and reversible in the long term. The Board therefore found significant adverse cumulative effects associated with Project-related marine vessel traffic on traditional marine resource use was not likely to be significant, with the exception of effects associated with the traditional use of the Southern resident killer whale, which were considered significant.
- Recognizing the cultural importance of the killer whale to certain Indigenous groups, the Board found that "the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Aboriginal use associated with the Southern resident killer whale."

[427] Finally, in Sections 14.4 to 14.6 the Board considered spill prevention. It made the following findings:

- The Board accepted the evidence filed by Trans Mountain regarding marine shipping navigation and safety, including the reports filed as part of the TERMPOL Review Process.
- Although a large spill from a tanker associated with the Project would result in significant adverse environmental and socio-economic effects, such an event is not likely.
- Even with response efforts, any large spill would result in significant adverse environmental and socio-economic effects.
- Trans Mountain, in conjunction with the Western Canada Marine Response Corporation, proposed appropriate measures to respond to potential oil spills from Project-related tankers. These proposed measures exceed regulatory requirements and would result in a response capacity that is double, and a delivery time that is half, that required by the existing planning standards. The Board gave substantial weight to the fact that the TERMPOL Review Committee and the Canadian Coast Guard did not identify any particular concerns with marine spill response planning associated with the Project.
- The environmental effects of a spill from a tanker would be highly dependent on the particular circumstances, such as the amount and the type of product(s) spilled, the location of the spill, the response time, the effectiveness of containment and cleanup, the valued components that were impacted, and the weather and time of year of the spill.
- A small spill, quickly contained, could have adverse effects of low magnitude, whereas a credible worst-case spill could have adverse effects of larger geographic extent and longer duration, and such effects would probably be significant. Moreover, spills could impact key marine habitats such as salt marshes, eelgrass beds and kelp forests, which could, in turn, affect the numerous species that rely upon them. Spills could also affect terrestrial species along the coastline, including SARA-listed terrestrial plant species.

- Although impacts from a credible worst-case spill would probably be adverse and significant, natural recovery of the impacted areas and species would likely return most biological conditions to a state generally similar to pre-spill conditions. Such recovery might be as quick as a year or two for some valued components, or might take as long as a decade or more for others. Valuable environmental values and uses could be lost or diminished in the interim. For some valued components, including certain SARA-species, recovery to pre-spill conditions might not occur.
- Mortality of individuals of SARA-listed species could result in population level impacts and could jeopardize recovery. For example, the impact on a Southern resident killer whale of exposure to an oil spill potentially would be catastrophic.
- There is a very low probability of a credible worst-case event.
- The effects of a credible worst-case spill on the current use of lands, waters and resources for traditional purposes by Indigenous people would likely be adverse and significant. However, the probability of such a worst-case event is very low.

[428] With respect to the Board's reference to the report of the TERMPOL Review Committee, one of the topics dealt with in that report was Project routing. It was noted, in Section 3.2, that the "shipping route to and from Trans Mountain's terminal to the open sea is well-established and used by deep sea tankers as well as other vessel types such as cargo vessels, cruise ships and ferries." Later in the report it was noted that "Aframax class tankers currently use the proposed route, demonstrating that tanker manoeuvrability issues are not a concern."

[429] Notwithstanding, the Review Committee did make one finding with respect to the shipping route. Finding 9 was to the effect that "Trans Mountain's commitment to require via its tanker acceptance process that Project tankers steer a course no more northerly than due West (270°) upon exiting the Juan de Fuca Strait will enhance safety and protection of the marine environment by providing the shortest route out of the Canadian" economic exclusion zone.

[430] Returning to the Board’s report, the end result of the Board’s assessment of the Project was that, notwithstanding the impacts of the Project upon the Southern resident killer whales and Indigenous cultural uses associated with them, with the implementation of Trans Mountain’s environmental protection procedures and mitigation, and the Board’s recommended conditions, the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects. This was the Board’s recommendation under section 29 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

- (iii) Was the Board’s assessment of Project-related marine shipping substantially adequate?

[431] I begin with the Board’s description of its approach to the assessment of marine shipping. It “followed an approach similar to the environmental assessment conducted under” the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* “to the extent it was appropriate”. Consistent with this approach, the Board’s filing requirements in respect of marine shipping required Trans Mountain to provide information about mitigation measures and alternatives—factors which subsection 19(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* require be considered in an environmental assessment.

[432] Bearing in mind that the primary focus of the applicants’ concern about the Board’s assessment of Project-related marine shipping is the Board’s assessment of the adverse effects of the Project on Southern resident killer whales, the previous review of the Board’s findings demonstrates that the Board considered the Project’s effects on the Southern resident killer whales, including the environmental effects of malfunctions or accidents that might occur, the significance of those effects and the cumulative effects of the Project on efforts to promote

recovery of the species. The Board found the operation of the Project-related tankers was likely to result in significant, adverse effects to the Southern resident killer whale population.

[433] Given the Board's finding that the Project was likely to result in significant adverse effects on the Southern resident killer whale, and its finding that Project-related marine vessel traffic would further contribute to the total cumulative effects (which were determined to be significant), the Board found that the increase in marine vessel traffic associated with the Project is likely to result in significant adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale.

[434] The Board then considered mitigation measures through the limited lens of its regulatory authority. It found there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce or eliminate potential adverse effects from Project-related tankers.

[435] The Board stated that it considered all reasonable alternatives to Project-related marine shipping that would reduce the impact on SARA-listed species' critical habitat. This would include the critical habitat of the Southern resident killer whale. As part of this consideration, the Board directed Information Request No. 2 to Trans Mountain. In material part, Trans Mountain responded that the only known potential mitigation measures relevant to the Salish Sea to reduce the risk of marine mammal vessel strikes would be to alter the shipping lanes in order to avoid sensitive habitat (that is areas where whales aggregate), and to set speed restrictions. Trans Mountain advised that shipping lanes and speed restrictions are set at the discretion of Transport Canada.

[436] Thereafter, the Board issued an Information Request to Transport Canada that, among other things, requested Transport Canada to summarize any initiatives it was currently supporting or undertaking that evaluated potential alternative shipping lanes or vessel speed reductions along the southern coast of British Columbia with the intent of reducing impacts on marine mammals from marine shipping. Transport Canada responded that it was “not currently contemplating alternative shipping lanes or vessel speed restrictions for the purpose of reducing impacts on marine mammals from marine shipping in British Columbia”. However, Transport Canada noted it was participating in the Enhancing Cetacean Habitat and Observation Program led by Port Metro Vancouver.

[437] Transport Canada’s statement that it had no current intent to make alterations to shipping lanes or to impose vessel speed restrictions would seem to have pre-empted further consideration of routing alternatives by the Board.

[438] This review of the Board’s report has shown that the Board in its assessment of Project-related marine shipping considered:

- the effects of Project-related marine shipping on Southern resident killer whales;
- the significance of the effects;
- the cumulative effect of Project-related marine shipping on the recovery of the Southern resident killer whale population;
- the resulting significant, adverse effects on the traditional Indigenous use associated with the Southern resident killer whale;
- mitigation measures within its regulatory authority; and,
- reasonable alternatives to Project-related marine shipping.

[439] Given the Board's approach to the assessment and its findings, the Board's report was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whales and their use by Indigenous groups. The Board's report adequately informed the Governor in Council of the significance of these effects, the Board's view there were no direct mitigation measures Trans Mountain could apply to reduce potential adverse effects from Project-related tankers, and that there were potential mitigation measures beyond the Board's regulatory authority and so not the subject of proper consideration by the Board or conditions. Perhaps most importantly, the report put the Governor in Council on notice that the Board defined the Project not to include Project-related marine shipping. This decision excluded the effects of Project-related shipping from the definition of the Project as a designated project and allowed the Board to conclude that, as it defined the Project, the Project was not likely to cause significant adverse effects.

[440] The Order in Council and its accompanying Explanatory Note demonstrate that the Governor in Council was fully aware of the manner in which the Board had assessed Project-related marine shipping under the *National Energy Board Act*. The Governor in Council was also fully aware of the effects of Project-related marine shipping identified by the Board and that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects upon both the Southern resident killer whale and Indigenous cultural uses of this endangered species.

[441] Having found that the Governor in Council understood the Board's approach and resulting conclusions, it remains to consider the reasonableness of the Governor in Council's

reliance on the Board's report to approve the Project. This is considered below, after considering the applicants' submissions with respect to the *Species at Risk Act*.

(e) Did the Board err in its treatment of the *Species at Risk Act*?

[442] The purposes of the *Species at Risk Act* are: to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct; to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity; and, to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened (section 6).

[443] Important protections are found in section 77 of the Act, which is intended to protect the critical habitat of listed wildlife species, and section 79, which is intended to protect listed wildlife species and their critical habitat from new projects. Listed wildlife species are those species listed in Schedule 1 of the Act, a list of wildlife species at risk. Sections 77 and 79 are set out in the Appendix to these reasons.

[444] Raincoast and Living Oceans argue that as a result of unreasonably defining the designated project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to meet the requirement of subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*. As a result of this error they say it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon the Board's report without first ensuring that the Board had complied with subsection 79(2) of the Act with respect to Southern resident killer whales. They also argue that it was unreasonable for the Governor in Council not to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

[445] I will deal first with the applicability of section 79 of the Act.

- (i) Did the Board err by concluding that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping?

[446] Section 79 obligates every person required “to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted” to:

- i. promptly notify the competent minister or ministers if the project “is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.” (subsection 79(1));
- ii. identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat (subsection 79(2)); and,
- iii. if the project is carried out, ensure that measures are taken “to avoid or lessen those effects and to monitor them.” The measures taken must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans (subsection 79(2)).

[447] Subsection 79(3) defines a “project” to mean, among other things, a designated project as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[448] The Board acknowledged its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* in the course of its environmental assessment (Chapter 10, page 161). However, because it had not defined the designated project to include Project-related marine shipping, the Board rejected Living Oceans’ submission that the Board’s obligations under section 79 of the *Species at Risk Act* applied to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale (Chapter 14, page 332). Notwithstanding this conclusion that section 79 did not apply, for reasons that are not explained in its report, the Board did comply with the

obligation under subsection 79(1) to notify the responsible ministers that the Project might affect Southern resident killer whales and their habitat. The Board did this by letter dated April 23, 2014 (a letter sent approximately three weeks after the Board made its scoping decision).

[449] I have found that the Board unjustifiably excluded Project-related marine shipping from the Project's description. It follows that the failure to apply section 79 of the *Species at Risk Act* to its consideration of the effects of Project-related marine shipping on the Southern resident killer whale was also unjustified.

[450] Both Canada and Trans Mountain argue that, nonetheless, the Board substantially complied with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*. Therefore, as with the issue of Project-related marine shipping, the next question is whether the Board substantially complied with its obligations under section 79.

(ii) Did the Board substantially comply with its obligations under section 79 of the *Species at Risk Act*?

[451] The respondents argue that, in addition to complying with the notification requirement found in subsection 79(1), the Board considered:

- the adverse impacts of marine shipping on listed wildlife species and their critical habitat;
- all reasonable alternatives to marine shipping that would reduce impact on listed species' critical habitat; and
- measures, consistent with the applicable recovery strategies or action plans, to avoid or lessen any adverse impacts of the Project.

[452] Canada and Trans Mountain submit that as a result the Board met its requirements “where possible.” (Trans Mountain’s memorandum of fact and law, paragraph 120). On this last point, Trans Mountain submits that the Board lacked authority to impose conditions or otherwise ensure that measures were taken to avoid or lessen the effects of marine shipping on species at risk. Thus, while the Board could identify potential mitigation measures, and encourage the appropriate regulatory authorities to take further action, it could not ensure compliance with subsection 79(2) of the *Species at Risk Act*.

[453] Canada and Trans Mountain have accurately summarized the Board’s findings that are relevant to its consideration of Project-related shipping in the context of the *Species at Risk Act*. However, I do not accept their submission that the Board’s consideration of the Project’s impact on the Southern resident killer whale substantially complied with its obligation under section 79 of the *Species at Risk Act*. I reach this conclusion for the following reason.

[454] By defining the Project not to include Project-related marine shipping, the Board failed to consider its obligations under the *Species at Risk Act* when it considered the Project’s impact on the Southern resident killer whale. Had it done so, in light of its recommendation that the Project be approved, subsection 79(2) of the *Species at Risk Act* required the Board to ensure, if the Project was carried out, that “measures are taken to avoid or lessen” the Project’s effects on the Southern resident killer whale and to monitor those measures.

[455] While I recognize the Board could not regulate shipping, it was nonetheless obliged to consider the consequences at law of its inability to “ensure” that measures were taken to

ameliorate the Project's impact on the Southern resident killer whale. However, the Board gave no consideration in its report to the fact that it recommended approval of the Project without any measures being imposed to avoid or lessen the Project's significant adverse effects upon the Southern resident killer whale.

[456] Because marine shipping was beyond the Board's regulatory authority, it assessed the effects of marine shipping in the absence of mitigation measures and did not recommend any specific mitigation measures. Instead it encouraged other regulatory authorities "to explore any such initiatives" (report, page 349). While the Board lacked authority to regulate marine shipping, the final decision-maker was not so limited. In my view, in order to substantially comply with section 79 of the *Species at Risk Act* the Governor in Council required the Board's exposition of all technically and economically feasible measures that are available to avoid or lessen the Project's effects on the Southern resident killer whale. Armed with this information the Governor in Council would be in a position to see that, if approved, the Project was not approved until all technically and economically feasible mitigation measures within the authority of the federal government were in place. Without this information the Governor in Council lacked the necessary information to make the decision required of it.

[457] The reasonableness of the Governor in Council's reliance on the Board's report is considered below.

[458] For completeness I now turn to the second argument advanced by Raincoast and Living Oceans: it was unreasonable for the Governor in Council to fail to comply with its additional, independent obligations under subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*.

- (iii) Was the Governor in Council obliged to comply with subsection 77(1) of the *Species at Risk Act*?

[459] Subsection 77(1) applies when any person or body, other than a competent minister, issues or approves “a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species”. The person or body may authorize such an activity only if they have consulted with the competent minister, considered the impact on the species’ critical habitat and formed the opinion that: (a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and (b) all feasible mitigation measures will be taken to minimize the impact on the critical habitat.

[460] The Board accepted that:

... vessel noise is considered a threat to the acoustic integrity of Southern resident killer whale critical habitat, and that physical and acoustic disturbance from human activities may be key factors causing depletion or preventing recovery of resident killer whale populations.

(report, page 350)

[461] It also accepted that the impact of a Southern resident killer whale being exposed to an oil spill “is potentially catastrophic” (report, page 398).

[462] Based on these findings, Raincoast and Living Oceans submit that Project-related shipping “may destroy” critical habitat so that subsection 77(1) was engaged.

[463] I respectfully disagree. The Order in Council directed the Board to issue a certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the expansion project. The Governor in Council did not issue or approve a licence, permit or other authorization that authorized marine shipping.

[464] Further, subsection 77(1.1) of the *Species at Risk Act* provides that subsection 77(1) does not apply to the Board when, as in the present case, it issues a certificate pursuant to an order made by the Governor in Council under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*. I accept Canada’s submission that Parliament would not have intended to exempt the Board from the application of subsection 77(1) while at the same time contemplating that the Governor in Council was not exempted and was obliged to comply with subsection 77(1). This is particularly so given the Board’s superior expertise in assessing impacts on habitat and mitigation measures. If subsection 77(1) applied, the Board’s ability to meet its obligations was superior to that of the Governor in Council.

- (f) Conclusion: the Governor in Council erred by relying upon the Board’s report as a proper condition precedent to the Governor in Council’s decision

[465] Trans Mountain’s application was complex, raising challenging issues on matters as diverse as Indigenous rights and concerns, pipeline integrity, the fate and behaviours of spilled hydrocarbons in aquatic environments, emergency prevention, preparedness and response, the

need for the Project and its economic feasibility and the effects of Project-related shipping activities.

[466] The approval process was long and demanding for all participants; after the hearing the Board was left to review tens of thousands of pages of evidence.

[467] Many aspects of the Board's report are not challenged in this proceeding.

[468] This said, I have found that the Board erred by unjustifiably excluding Project-related marine shipping from the Project's definition. While the Board's assessment of Project-related shipping was adequate for the purpose of informing the Governor in Council about the effects of such shipping on the Southern resident killer whale, the Board's report was also sufficient to put the Governor in Council on notice that the Board had unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[469] It was this exclusion that permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related marine shipping. This exclusion then permitted the Board to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related marine vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project (as defined by the Board) was not likely to cause significant adverse environmental effects. The Board could only reach this conclusion by defining the Project not to include Project-related shipping.

[470] The unjustified exclusion of Project-related marine shipping from the definition of the Project thus resulted in successive deficiencies such that the Board's report was not the kind of "report" that would arm the Governor in Council with the information and assessments it required to make its public interest determination and its decision about environmental effects and their justification. In the language of *Gitxaala* this resulted in a report so deficient that it could not qualify as a "report" within the meaning of the legislation and it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it. The Board's finding that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of marine shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed conclusion about the effects of the Project was so critical that the Governor in Council could not functionally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[471] I have considered the reference in the Explanatory Note to the Order in Council to the government's commitment to the proposed Action Plan for the Southern resident killer whale and the then recently announced Oceans Protection Plan. These inchoate initiatives, while laudable and to be encouraged, are by themselves insufficient to overcome the material deficiencies in the Board's report because the "report" did not permit the Governor in Council to make an informed decision about the public interest and whether the Project is likely to cause significant adverse environmental effects as the legislation requires.

[472] There remains to consider the issue of the remedy which ought to flow from the unreasonable reliance upon the Board's report. In my view, this is best dealt with following consideration of the adequacy of the Crown's consultation process.

[473] My conclusion that the Board's report was so flawed that it was unreasonable for the Governor in Council to rely upon it arguably makes it unnecessary to deal with the argument advanced on behalf of the Attorney General of British Columbia. It is nonetheless important that it be briefly considered.

3. The challenge of the Attorney General of British Columbia

[474] As explained above at paragraphs 64 and 65, after the Board submits a report to the Governor in Council setting out the Board's recommendation under section 52 of the *National Energy Board Act* about whether a certificate of public convenience and necessity should issue, the Governor in Council may, among other options, by order direct the Board to issue a certificate of public convenience and necessity. Irrespective of the option selected, the Governor in Council's order "must set out the reasons for making the order" (subsection 54(2) of the *National Energy Board Act*). The Attorney General of British Columbia intervened in this proceeding to argue that, in breach of this statutory obligation, the Governor in Council failed to give reasons explaining why the Project is not likely to cause significant adverse environmental effects and why the Project is in the public interest.

[475] The Attorney General also argued in its written memorandum, but not orally, that the Governor in Council failed to consider the "disproportionate impact of Project-related marine

shipping spill risks on the Province of British Columbia”. This failure is said to render the Governor in Council’s decision unreasonable.

[476] In consequence, the Attorney General of British Columbia supports the request of the applicants that the Governor in Council’s Order in Council be set aside.

- (a) Did the Governor in Council fail to comply with the obligation to give reasons?

[477] The lynchpin of the Attorney General’s argument is his submission that the Governor in Council’s reasons must be found “within the four corners of the Order in Council” and nowhere else. Thus, the Attorney General submits that it is impermissible to have regard to the accompanying Explanatory Note or to documents referred to in the Explanatory Note, including the Board’s report and the Crown Consultation Report. Read in this fashion, the Order in Council does not explain why the Governor in Council found the Project is not likely to cause any significant adverse environmental effects or was in the public interest.

[478] I respectfully reject the premise of this submission. Subsection 54(2) does not dictate the form the Governor in Council’s reasons should take, requiring only that the “order must set out the reasons”. Given the legislative nature and the standard format of an Order in Council (generally a series of recitals followed by an order) Orders in Council are not well-suited to the provision of lengthy reasons. In the present case, the two-page Order in Council was accompanied by the 20-page Explanatory Note. They were published together in the Canada Gazette. Given this joint publication, it would, in my view, be unduly formalistic to set aside the

Order in Council on the ground that the reasons found in the attached Explanatory Note were placed in an attachment to the order, and not within the “four square corners” of the order.

[479] Similarly, it would be unduly formalistic not to look to the content of the Board’s report that informed the Governor in Council when rendering its decision. The Order in Council specifically referenced the Board’s report and the terms and conditions set out in an appendix to the report, and expressly accepted the Board’s public interest recommendation. This conclusion that the Order in Council may be read with the Board’s report is consistent with this Court’s decision in *Gitxaala*, where the Court accepted Canada’s submission that the Order in Council should be read together with the findings and recommendations in the report of the joint review panel. This Court read the Order in Council together with the report and other documents in the record and found that the Governor in Council had met its statutory obligation to give reasons.

[480] I therefore find that the Governor in Council also in this case complied with its statutory obligation to give reasons.

- (b) Did the Governor in Council fail to consider the impact of Project-related shipping spill risks on the Province of British Columbia?

[481] I disagree that the Governor in Council failed to consider the impact of shipping spill risks. The Explanatory Note shows the Governor in Council considered that:

- The Board found the risk of a major crude oil spill occurring was low (Explanatory Note, page 10).
- The Board imposed conditions relating to accidents and malfunctions (Explanatory Note, page 13).

[482] Under the heading “Government response to what was heard” the Explanatory Note set out the following about the risk of spills:

Communities are deeply concerned about the risk and impacts that oil spills pose to their land, air, water and communities. In addition to the terms and conditions related to spills identified by the NEB, land-based oil spills are subject to both federal and provincial jurisdiction. Federally regulated pipelines are subject to NEB regulation and oversight, which requires operators to develop comprehensive emergency management programs and collaborate with local responders in the development of these programs. B.C. also recently implemented regulations under the provincial *Environmental Management Act* to strengthen provincial oversight and require industry and government to collaborate in response to spills in B.C.

The Government recently updated its world-leading pipeline safety regime through the *Pipeline Safety Act*, which came into force in June 2016. The Act implements \$1 billion in “absolute liability” for companies operating major crude oil pipelines to clarify that operators will be responsible for all costs associated with spills irrespective of fault up to \$1 billion; operators remain liable on an unlimited basis beyond this amount when they are negligent or at fault. The Act also requires proponents to carry cash on hand to ensure they are in a position to immediately respond to emergencies.

With respect to ship source spills, the Government recently announced \$1.5 billion in new investment in a national Oceans Protection Plan to enhance its world-leading marine safety regime. The Oceans Protection Plan has four main priority areas:

- creating a world-leading marine safety system that improves responsible shipping and protects Canada’s waters, including new preventative and response measures;
- restoring and protecting the marine ecosystems and habitats, using new tools and research;
- strengthening partnerships and launching co-management practices with Indigenous communities, including building local emergency response capacity; and
- investing in oil spill cleanup research and methods to ensure that decisions taken in emergencies are evidence-based.

The Plan responds to concerns related to potential marine spills by strengthening the Coast Guard’s ability to take command in marine emergencies, toughening

requirements for industry response to incidents, and by enhancing Indigenous partnerships.

[483] While the Attorney General of British Columbia disagrees with the Governor in Council's assessment of the risk of a major spill from Project-related shipping, there is no merit to the submission that the Governor in Council failed to consider the risk of spills posed by Project-related shipping.

[484] I now turn to consider the adequacy of the consultation process.

D. Should the decision of the Governor in Council be set aside on the ground that Canada failed to consult adequately with the Indigenous applicants?

1. The applicable legal principles

[485] Before commencing the analysis, it is helpful to discuss briefly the principles that have emerged from the jurisprudence which has considered the scope and content of the duty to consult. As explained in the opening paragraphs of these reasons, the applicable principles are not in dispute; what is in dispute is whether, on the facts of this case (which are largely agreed), Canada fulfilled its constitutional duty to consult.

[486] The duty to consult is grounded in the honour of the Crown and the protection provided for "existing aboriginal and treaty rights" in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The duties of consultation and, if required, accommodation form part of the process of reconciliation and fair dealing (*Haida Nation*, paragraph 32).

[487] The duty arises when the Crown has actual or constructive knowledge of the potential existence of Indigenous rights or title and contemplates conduct that might adversely affect those rights or title (*Haida Nation*, paragraph 35). The duty reflects the need to avoid the impairment of asserted or recognized rights caused by the implementation of a specific project.

[488] The extent or content of the duty of consultation is fact specific. The depth or richness of the required consultation increases with the strength of the *prima facie* Indigenous claim and the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed right or title (*Haida Nation*, paragraph 39; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, paragraph 36).

[489] When the claim to title is weak, the Indigenous interest is limited or the potential infringement is minor, the duty of consultation lies at the low end of the consultation spectrum. In such a case, the Crown may be required only to give notice of the contemplated conduct, disclose relevant information and discuss any issues raised in response to the notice (*Haida Nation*, paragraph 43). When a strong *prima facie* case for the claim is established, the right and potential infringement is of high significance to Indigenous peoples, and the risk of non-compensable damage is high, the duty of consultation lies at the high end of the spectrum. While the precise requirements will vary with the circumstances, a deep consultative process might entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; and, the provision of written reasons to show that Indigenous concerns were considered and how those concerns were factored into the decision (*Haida Nation*, paragraph 44).

[490] Parliament may choose to delegate procedural aspects of the duty to consult to a tribunal.

[491] The Supreme Court has found the Board to possess both the procedural powers necessary to implement consultation and the remedial powers to accommodate, where necessary, affected Indigenous claims and Indigenous and treaty rights. The Board's process can, therefore, be relied on by the Crown to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult (*Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, paragraph 34).

[492] As referenced above at paragraph 284, the Supreme Court has described the Board as having considerable institutional expertise both in conducting consultations and in assessing the environmental impacts of proposed projects. Where the effects of a proposed project on Indigenous or treaty rights substantially overlap with the project's potential environmental impact, the Board "is well situated to oversee consultations which seek to address these effects, and to use its technical expertise to assess what forms of accommodation might be available" (*Clyde River*, paragraph 33).

[493] When the Crown relies on a regulatory or environmental assessment process to fulfil the duty to consult, such reliance is not delegation of the Crown's ultimate responsibility to ensure consultation is adequate. Rather, it is a means by which the Crown can be satisfied that Indigenous concerns have been heard and, where appropriate, accommodated (*Haida Nation*, paragraph 53).

[494] The consultation process does not dictate a particular substantive outcome. Thus, the consultation process does not give Indigenous groups a veto over what can be done with land pending final proof of their claim. What is required is a process of balancing interests—a process of give and take. Nor does consultation equate to a duty to agree; rather, what is required is a commitment to a meaningful process of consultation (*Haida Nation*, paragraphs 42, 48 and 62).

[495] Good faith consultation may reveal a duty to accommodate. Where there is a strong *prima facie* case establishing the claim and the consequence of proposed conduct may adversely affect the claim in a significant way, the honour of the Crown may require steps to avoid irreparable harm or to minimize the effects of infringement (*Haida Nation*, paragraph 47).

[496] Good faith is required on both sides in the consultative process: “The common thread on the Crown’s part must be ‘the intention of substantially addressing [Aboriginal] concerns’ as they are raised [...] through a meaningful process of consultation” (*Haida Nation*, paragraph 42). The “controlling question in all situations is what is required to maintain the honour of the Crown and to effect reconciliation between the Crown and the Aboriginal peoples with respect to the interests at stake” (*Haida Nation*, paragraph 45).

[497] At the same time, Indigenous claimants must not frustrate the Crown’s reasonable good faith attempts, nor should they take unreasonable positions to thwart the government from making decisions or acting in cases where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (*Haida Nation*, paragraph 42).

[498] In the present case, much turns on what constitutes a meaningful process of consultation.

[499] Meaningful consultation is not intended simply to allow Indigenous peoples “to blow off steam” before the Crown proceeds to do what it always intended to do. Consultation is meaningless when it excludes from the outset any form of accommodation (*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, paragraph 54).

[500] The duty is not fulfilled by simply providing a process for exchanging and discussing information. There must be a substantive dimension to the duty. Consultation is talking together for mutual understanding (*Clyde River*, paragraph 49).

[501] As the Supreme Court observed in *Haida Nation* at paragraph 46, meaningful consultation is not just a process of exchanging information. Meaningful consultation “entails testing and being prepared to amend policy proposals in the light of information received, and providing feedback.” Where deep consultation is required, a dialogue must ensue that leads to a demonstrably serious consideration of accommodation. This serious consideration may be demonstrated in the Crown’s consultation-related duty to provide written reasons for the Crown’s decision.

[502] Where, as in this case, the Crown must balance multiple interests, a safeguard requiring the Crown to explain in written reasons the impacts of Indigenous concerns on decision-making

becomes more important. In the absence of this safeguard, other issues may overshadow or displace the issue of impacts on Indigenous rights (*Gitxaala*, paragraph 315).

[503] Further, the Crown is obliged to inform itself of the impact the proposed project will have on an affected First Nation, and, if appropriate in the circumstances, communicate its findings to the First Nation and attempt to substantially address the concerns of the First Nation (*Mikisew Cree First Nation*, paragraph 55).

[504] Consultation must focus on rights. In *Clyde River*, the Board had concluded that significant environmental effects to marine mammals were not likely and effects on traditional resource use could be addressed through mitigation measures. The Supreme Court held that the Board's inquiry was misdirected for the purpose of consultation. The Board was required to focus on the Inuit's treaty rights; the "consultative inquiry is not properly into environmental effects *per se*. Rather, it inquires into the impact on the *right*" (emphasis in original) (*Clyde River*, paragraph 45). Mitigation measures must provide a reasonable assurance that constitutionally protected rights were considered as rights in themselves—not just as an afterthought to the assessment of environmental concerns (*Clyde River*, paragraph 51).

[505] When consulting on a project's potential impacts the Crown must consider existing limitations on Indigenous rights. Therefore, the cumulative effects and historical context may inform the scope of the duty to consult (*Chippewas of the Thames*, paragraph 42).

[506] Two final points. First, where the Crown knows, or ought to know, that its conduct may adversely affect the Indigenous right or title of more than one First Nation, each First Nation is entitled to consultation based upon the unique facts and circumstances pertinent to it (*Gitxaala*, paragraph 236).

[507] Second, it is important to understand that the public interest and the duty to consult do not operate in conflict. As a constitutional imperative, the duty to consult gives rise to a special public interest that supersedes other concerns commonly considered by tribunals tasked with assessing the public interest. In the case of the Board, a project authorization that breaches the constitutionally protected rights of Indigenous peoples cannot serve the public interest (*Clyde River*, paragraph 40).

2. The standard to which Canada is to be held in fulfilling the duty

[508] As briefly explained above at paragraph 226, Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. The Supreme Court of Canada has expressed this concept as follows:

Perfect satisfaction is not required; the question is whether the regulatory scheme or government action “viewed as a whole, accommodates the collective aboriginal right in question”: *Gladstone, supra*, at para. 170. What is required is not perfection, but reasonableness. As stated in *Nikal, supra*, at para. 110, “in ... information and consultation the concept of reasonableness must come into play. ... So long as every reasonable effort is made to inform and to consult, such efforts would suffice.” The government is required to make reasonable efforts to inform and consult. This suffices to discharge the duty.

(*Haida Nation*, paragraph 62)

(underlining added)

[509] As in *Gitxaala*, in this case “the subjects on which consultation was required were numerous, complex and dynamic, involving many parties. Sometimes in attempting to fulfil the duty there can be omissions, misunderstandings, accidents and mistakes. In attempting to fulfil the duty, there will be difficult judgment calls on which reasonable minds will differ.” (*Gitxaala*, paragraph 182).

[510] Against this legal framework, I turn to the design and execution of Canada’s four-phase consultation process. This process began in May 2013 with the filing of the Project description and ended in November 2016 with the decision of the Governor in Council to approve the Project and direct the issuance of a certificate of public convenience and necessity.

3. Application of the legal principles to the evidence

[511] The Indigenous applicants express a myriad of concerns and asserted deficiencies with respect to the consultation process. Broadly speaking, they challenge both the design of the process and the execution of the process.

[512] I will deal first with the asserted deficiencies in the design of the process selected and followed by Canada, and then consider the asserted deficiencies in the execution of the process.

- (a) Was the consultation process deficient because of the design of the process selected and followed by Canada?

[513] Generally speaking, the most salient concerns expressed with respect to the design of the consultation process are the assertions that:

- i. The consultation framework was unilaterally imposed.
- ii. The National Energy Board process is inadequate for fulfilling consultation obligations.
- iii. Insufficient funding was provided.
- iv. The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking.

[514] Each assertion will be considered in turn.

- (i) The consultation framework was unilaterally imposed

[515] There was no substantive consultation with the Indigenous applicants about the four-phase consultation process.

[516] However, as Canada argues, the Crown possesses a discretion about how it structures a consultation process and how it meets its consultation obligations (*Gitxaala*, paragraph 203, citing *Cold Lake First Nations v. Alberta (Tourism, Parks and Recreation)*, 2013 ABCA 443, 566 A.R. 259, at paragraph 39). What is required is a process that allows Canada to make reasonable efforts to inform and consult (*Haida Nation*, at paragraph 62).

[517] Canada's four-phase consultation process is described above at paragraphs 72 through 75. While I deal below with the asserted frailties of the Board's hearing process in this particular case, the Supreme Court has recently re-affirmed that the Crown may rely on a regulatory agency to fulfil the Crown's duty to consult so long as the agency possesses the statutory powers to do what the duty to consult requires in the particular circumstances (*Chippewas of the Thames*,

paragraph 32). In the present case, no applicant asserts that the National Energy Board lacked any necessary statutory power so as to be able to fulfil in part the Crown's duty to consult. It follows that Canada could rely upon a consultation process which relied in part on the Board's hearing process, so long as Canada remained mindful of its constitutional obligation to ensure before approving the Project that consultation was adequate.

[518] Canada implemented a five-phase consultation framework for the review of the Northern Gateway Project. In *Gitxaala*, this Court found that the framework was reasonable (*Gitxaala*, paragraph 8). When the two consultation frameworks are compared there is little to distinguish them. An additional first phase was required in the Northern Gateway framework simply because the project was reviewed by a joint review panel, not the Board.

[519] Given Canada's discretion as to how the consultation process is structured and the similarity of this consultation process to that previously found by this Court to be reasonable, I am satisfied that Canada did not act in breach of the duty to consult by selecting the four-phase consultation process it adopted.

- (ii) The Board's process is said to be inadequate for fulfilling consultation obligations

[520] A number of deficiencies are asserted with respect to the Board's process and its adequacy for fulfilling, to the extent possible, consultation obligations. The asserted deficiencies include:

- The Board's decision not to allow cross-examination of Trans Mountain's evidence.

- The Board's treatment of oral traditional evidence.
- The Board's timeframe which is said not to have provided sufficient time for affected Indigenous groups to inform themselves of the complexity of the Project and to participate with knowledge of the issues and impacts on them.
- The Board's failure to consult with affected Indigenous groups about any of the decisions the Board made prior to or during the hearing, including the list of issues for the hearing, the panel members who would hear the application, the design of the regulatory review and the environmental assessment, the decision-making process and the report and its recommendations.
- The failure of the Board's process to provide the required dialogue and consultation directly with Canada in circumstances where it is said that consultation in Phase III would be too little, too late.

[521] It is convenient to deal with the first four deficiencies together as the Board's choice of procedures, its decision-making process and its ultimate decision flow from its powers as a regulator under the *National Energy Board Act* and the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.

[522] As explained above, the Supreme Court has found that meaningful Crown consultation can be carried out wholly or in part through a regulatory process (*Chippewas of the Thames*, paragraph 32). Prior to this decision, concern had been expressed about the tension said to result if a tribunal such as the Board were required both to carry out consultation on behalf of the Crown and then adjudicate on the adequacy of the consultation. The Supreme Court responded that such concern is addressed by observing that while it is the Crown that owes the constitutional duty to consult, agencies such as the Board are required to make legal decisions that comply with the Constitution. The Supreme Court went on to explain, at paragraph 34, that:

When the [Board] is called on to assess the adequacy of Crown consultation, it may consider what consultative steps were provided, but its obligation to remain a neutral arbitrator does not change. A tribunal is not compromised when it carries out the functions Parliament has assigned to it under its Act and issues decisions that conform to the law and the Constitution.

(underlining added)

[523] Applying these principles to the submissions before this Court, and bearing in mind that at this point I am only addressing submissions with respect to the adequacy of the design of the consultation process, the Board was required to provide a process that was impartial and fair and in accordance with its statutory framework and the Constitution.

[524] As explained above, section 8 of the *National Energy Board Act* authorizes the Board to make rules about the conduct of hearings before it, and the Board's rules allow the Board to determine whether public hearings held before it are oral or written. Section 52 of the *National Energy Board Act* requires the Board to render its report to the Minister within strict timelines. It follows that the Board could decide not to allow oral cross-examination, could determine how oral traditional evidence would be received and could schedule the hearing to comply with section 52 of the *National Energy Board Act* so long as, at the end of the hearing, it was satisfied that it had exercised its responsibilities in a manner that was fair and impartial and consistent with its governing legislation and section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[525] Similarly, the Board was authorized as a neutral arbitrator to make the decisions required of it under the legislation, including decisions about which issues would be decided during the hearing, the composition of the hearing panel and the content of its ultimate report. So long as these decisions were made in a manner that was fair and impartial, and in accordance with the

legislative scheme and subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* they too were validly made. The Indigenous applicants have not shown that any additional dialogue or process was required between the Board and the Indigenous applicants in order for the Board's decision to be constitutionally sound.

[526] Put another way, when the Board's process is relied on in whole or in part to fulfil the obligation to consult, the regulatory hearing process does not change and the Board's role as neutral arbitrator does not change. What changes is that the Board's process serves the additional purpose of contributing to the extent possible to the constitutional imperative not to approve a project if the duty to consult was not satisfied.

[527] I now consider the last deficiency said to make the Board's process inadequate for fulfilling even in part the duty to consult: the failure of the Board's process to provide the required consultation directly with Canada.

[528] The Indigenous applicants do not point to any jurisprudence to support their submission that Canada was required to dialogue directly with them during the Board's hearing process (that is, during Phase II) and I believe this submission may be dealt with briefly.

[529] As stated above, meaningful Crown consultation can be carried out wholly through a regulatory process so long as where the regulatory process relied upon by the Crown does not achieve adequate consultation or accommodation, the Crown takes further steps to meet its duty

to consult by, for example, filling any gaps in consultation on a case-by-case basis (*Clyde River*, paragraph 22).

[530] In the present case, Phase III was designed in effect to fill the gaps left by the Phase II regulatory process—Phase III was to focus on outstanding concerns about the Project-related impacts upon potential or established Indigenous or treaty rights and on any incremental accommodation measures that Canada should address. Leaving aside the question of whether Phase III adequately addressed gaps in the consultation process, a point dealt with below, the Indigenous applicants have not shown that the consultation process required Canada’s direct involvement in the regulatory process.

[531] For all of these reasons, I am satisfied that the Board’s process was adequate for fulfilling its consultation obligations.

[532] The next concern with respect to the design of the consultation process is that it is said that insufficient participant funding was provided.

(iii) The funding provided is said to have been inadequate

[533] Two Indigenous applicants raise the issue of inadequate funding: Squamish and SSN.

[534] Squamish sought participant funding of \$293,350 to participate in the Board process but was granted only \$44,270, plus travel costs for one person to attend the hearing. Canada later provided \$26,000 to Squamish to participate in consultation following the close of the Board

hearing record. The Squamish appendix to the Crown Consultation Report notes that the British Columbia Environmental Assessment Office also offered Squamish \$5,000 in capacity funding to participate in consultations.

[535] Chief Campbell of the Squamish Nation provided evidence that the funding provided to Squamish was not adequate for Squamish to obtain experts to review and respond to the 8 volume, 15,000 page, highly technical Project application. Nor, in his view, was the funding adequate for Squamish to undertake a comprehensive assessment of the impacts of the Project on Squamish rights and title. He notes that Squamish's limited budget is fully subscribed to meet the needs of its members and that the sole purpose of Squamish's involvement in the hearing and consultation process was "defensive: to protect our rights and title."

[536] SSN requested in excess of \$300,000 for legal fees, expert fees, travel costs, meeting attendance costs and information collecting costs. It received \$36,920 in participant funding, plus travel for two representatives to attend the hearing. Canada later offered \$39,000 to SSN to participate in consultation following the close of the Board hearing record. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered some capacity funding.

[537] SSN states that Canada knew that SSN requested funding in largest part to complete a traditional land and resource use study. It states that Canada knew that such studies had been completed for other Indigenous groups in relation to the Project, but that neither Canada nor the proponent had undertaken such a study for SSN.

[538] I accept that the level of participant funding provided constrained participation in the process before the National Energy Board by the Squamish and the SSN. However, as Canada submits, it is difficult to see the level of participant funding as being problematic in a systematic fashion when only two applicants address this issue.

[539] In *Gitxaala*, this Court rejected the submission that inadequate funding had been provided for participation before the joint review panel and in the consultation process. The Court noted, at paragraph 210, that the evidence filed in support of the submissions did:

... not explain how the amounts sought were calculated, or detail any financial resources available to the First Nations outside of that provided by Canada. As such, the evidence fails to demonstrate that the funding available was so inadequate as to render the consultation process unreasonable.

[540] Much the same can be said of the evidence filed on this application. While SSN did append its request for participant funding as Exhibit D to the affidavit of its affiant Jeanette Jules, at the time this application was submitted SSN had not determined which expert or experts would be hired, it could not advise as to how many hours the expert(s) would likely bill or what the expert(s)' hourly rate(s) would be. The information provided was simply that it was expected that \$80,000 was required to prepare a traditional land use study and that an additional \$30,000 was required as the approximate cost of a wildlife study. No information was provided by either applicant about financial resources available to it.

[541] The evidence has not demonstrated that the level of participant funding was so inadequate as to render the entire consultation process unreasonable.

- (iv) The process allowed the Project to be approved when essential information was lacking

[542] The final deficiency asserted with respect to the structure of the consultation process relates to the nature of the Board's process for approving projects. A number of Indigenous applicants argue that Canada's reliance upon the Board's hearing process was unreasonable in circumstances where potential impacts to title and rights remained unknown because studies of those potential impacts, and of the measures proposed in the Board's report to mitigate potential impacts, were left to a later date after the Governor in Council approved the Project. It is argued that without identification of all of the impacts of the Project Canada cannot rely on the Board's assessment of impacts to fulfil the duty to consult.

[543] Commencing at paragraph 286 above, I describe in some detail the Board's approval process in the context of the submission of the City of Burnaby that the Board's approval process was procedurally unfair because of what Burnaby characterized to be the deferral and delegation of the assessment of important information.

[544] Beginning at paragraph 322 above, I deal with the submissions of the City of Burnaby and Coldwater that the Governor in Council erred in determining that the Board's report qualified as a report because the Board did not decide certain issues before recommending approval of the Project. Consideration of the concerns advanced by Coldwater with respect to the Board's failure to deal with the West Alternative begins at paragraph 375 above. At paragraphs 384 and 385, I conclude that the pipeline route through the Coldwater River Valley remains a live issue.

[545] This places in context concerns raised by Coldwater and other applicants about the reasonableness of Canada's reliance on a process that left important issues unresolved at the time the Governor in Council approved the Project.

[546] In my view, this concern is addressed by the Supreme Court's analysis in the companion cases of *Clyde River* and *Chippewas of the Thames* where the Supreme Court explained that the Board's approval process may itself trigger the duty to consult where that process may result in adverse impacts upon Indigenous and treaty rights (*Clyde River*, paragraphs 25 to 29; *Chippewas of the Thames*, paragraphs 29 to 31).

[547] Examined in the context of Coldwater's concerns about the West Alternative and the protection of Coldwater's aquifer, this means that the Board's decision about the detailed pipeline routing in the vicinity of the Coldwater Reserve will trigger the duty to consult because Canada will have knowledge, real or constructive, of the potential impact of that decision upon Coldwater's aquifer located beneath the Coldwater Reserve. Once the duty is triggered, the Board may only make its decision if it informs itself of the impacts to the aquifer and takes the rights and interests of Coldwater into consideration before making its final decisions about pipeline routing and compliance with Condition 39 (*Chippewas of the Thames*, paragraph 48). Canada will remain responsible to ensure that the Board's decision upholds the honour of the Crown (*Clyde River*, paragraph 22). This is, I believe, a full answer to the concern that the consultation framework was deficient because certain decisions remain to be made after the Governor in Council approved the Project.

(v) Conclusion on the adequacy of the process selected and followed by Canada

[548] In *Clyde River and Chippewas of the Thames* the Supreme Court provided helpful guidance about the indicia of a reasonable consultation process. Applying those indicia:

- The Indigenous applicants were given early notice of the Project, the Board's hearing process, the framework of the consultation process and Canada's intention to rely on the National Energy Board process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants both by the Board and Canada (and the provincial Crown as well).
- The Board's process permitted Indigenous applicants to provide written evidence and oral traditional evidence, to question both Trans Mountain and the federal government interveners through Information Requests and to make written and oral closing submissions.
- The regulatory framework permitted the Board to impose conditions upon Trans Mountain that were capable of mitigating risks posed by the Project to the rights and title of the Indigenous applicants.
- After the Board's hearing record closed and prior to the decision by the Governor in Council, Canada provided a further consultation phase, Phase III, designed to enable Canada to deal with concerns not addressed by the hearing, the Board's proposed conditions and Trans Mountain's commitments.
- Canada understood, and advised the Indigenous applicants, that if Indigenous groups identified outstanding concerns in Phase III there were a number of options available to Canada. These included asking the National Energy Board to reconsider its recommendations and conditions, undertaking further consultations prior to issuing additional permits or authorizations and the use of existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[549] I am satisfied that the consultation framework selected by Canada was reasonable. It was sufficient, if properly implemented, to enable Canada to make reasonable efforts to inform itself and consult. Put another way, this process, if reasonably implemented, could have resulted in mutual understanding on the core issues and a demonstrably serious consideration of accommodation.

- (b) Was the consultation process deficient because of Canada's execution of the process?

[550] Canada argues that the consultation process allowed for deep consultation both in form and in substance. In particular it notes that:

- The Indigenous applicants were given early notice of the proposed Project, the Board hearing process and the consultation process, as well as Canada's intention to rely on the Board's process, to the extent possible, to discharge Canada's duty to consult.
- The Board required that Trans Mountain extensively consult before filing its application so as to attempt to address potential impacts by way of project modifications and design.
- Participant funding was provided to the Indigenous applicants by both Canada and the Board.
- The Indigenous applicants were afforded the opportunity before the Board to provide oral traditional and written evidence, to ask questions of Trans Mountain and the Federal interveners, and to make both written and oral submissions. The Board's report formulated conditions to mitigate, avoid or otherwise address impacts on Indigenous groups, and explained how Indigenous concerns were considered and addressed.
- Canada ordered an extension of the legislative timeframe for the Governor in Council's decision and met and corresponded with the Indigenous applicants to

discuss concerns that may not have been adequately addressed by the Board and to work together to identify potential accommodation measures.

- Canada developed the Crown Consultation Report to inform government decision-makers and sought feedback from the Indigenous applicants on two draft versions of the Crown Consultation Report.
- Canada reviewed upstream greenhouse gas emission estimates for the Project, struck a Ministerial Panel to seek public input and held a workshop in Kamloops.
- Canada developed additional accommodation measures including an Indigenous Advisory and Monitoring Committee, the Oceans Protection Plan and the Action Plan for the Recovery of the Southern Resident Killer Whale.
- Canada gave written reasons for conditionally approving the Project that showed how Indigenous concerns were considered and addressed.

[551] While in *Gitxaala* this Court found that the consultation process followed for the Northern Gateway project fell well short of the mark, Canada submits that the flaws identified by the Court in *Gitxaala* were remedied and not repeated. Specific measures were taken to remedy the flaws found in the earlier consultation. Thus:

- i. Canada extended the consultation process by four months to allow deeper consultation with potentially affected Indigenous groups, greater public engagement and an assessment of the greenhouse gas emissions associated with the Project.
- ii. The Order in Council expressly stated that the Governor in Council was “satisfied that the consultation process undertaken is consistent with the honour of the Crown and that the concerns and interests have been appropriately accommodated”. Reasons for this conclusion were given in the Explanatory Note.
- iii. Canada shared its preliminary strength of claim assessments in August 2016 to allow Indigenous groups to comment on the assessments. Canada’s ultimate assessments were set out in the Crown Consultation Report.

- iv. Canada's officials met and dialogued with Indigenous groups. As well, several Ministers met with Indigenous groups. While the Governor in Council accepted the report of the National Energy Board, in addition to the Board's conditions the Crown Consultation Report contained a commitment to design, fund and implement an Indigenous Advisory and Monitoring Committee for the Project and the Explanatory Note referenced two new initiatives: the Economic Pathways Partnership and the Oceans Protection Plan.
- v. In order to ensure that the Governor in Council received accurate information, two drafts of the Crown Consultation Report were distributed for comment and Indigenous groups were invited to provide their own submissions to the Governor in Council.
- vi. The consultation was based on the unique facts and circumstances applicable to each Indigenous group. The Crown Consultation Report contained a detailed appendix for each potentially affected Indigenous group that dealt with: background information; a preliminary strength of claim assessment; a summary of the group's involvement in the Board and Crown Consultation process; a summary of the group's interests and concerns; accommodation proposals; the group's response to the Board's report; the potential impacts of the Project on the group's Indigenous interests; and the Crown's conclusions.

[552] I acknowledge significant improvements in the consultation process. To illustrate, in *Gitxaala* this Court noted, among other matters, that:

- requests for extensions of time were ignored (reasons, paragraphs 247 and 250);
- inaccurate information was put before the Governor in Council (reasons, paragraphs 255-262);
- requests for information went unanswered (reasons, paragraphs 272, 275-278);
- Canada did not disclose its assessment of the strength of the Indigenous parties' claim to rights or title or its assessment of the Project's impacts (reasons, paragraphs 288-309); and,

- Canada acknowledged that the consultation on some issues fell well short of the mark (reasons, paragraph 254).

[553] Without doubt, the consultation process for this project was generally well-organized, less rushed (except in the final stage of Phase III) and there is no reasonable complaint that information within Canada's possession was withheld or that requests for information went unanswered.

[554] Ministers of the Crown were available and engaged in respectful conversations and correspondence with representatives of a number of the Indigenous applicants.

[555] Additional participant funding was offered to each of the applicants to support participation in discussions with the Crown consultation team following the release of the Board's report and recommendations. The British Columbia Environmental Assessment Office also offered consultation funding.

[556] The Crown Consultation Report provided detailed information about Canada's approach to consultation, Indigenous applicants' concerns and Canada's conclusions. An individualized appendix was prepared for each Indigenous group (as described above at paragraph 551(vi)).

[557] However, for the reasons developed below, Canada's execution of Phase III of the consultation process was unacceptably flawed and fell short of the standard prescribed by the jurisprudence of the Supreme Court. As such, the consultation process fell short of the required mark for reasonable consultation.

[558] To summarize my reasons for this conclusion, Canada was required to do more than receive and understand the concerns of the Indigenous applicants. Canada was required to engage in a considered, meaningful two-way dialogue. Canada's ability to do so was constrained by the manner in which its representatives on the Crown consultation team implemented their mandate. For the most part, Canada's representatives limited their mandate to listening to and recording the concerns of the Indigenous applicants and then transmitting those concerns to the decision-makers.

[559] On the whole, the record does not disclose responsive, considered and meaningful dialogue coming back from Canada in response to the concerns expressed by the Indigenous applicants. While there are some examples of responsiveness to concerns, these limited examples are not sufficient to overcome the overall lack of response. The Supreme Court's jurisprudence repeatedly emphasizes that dialogue must take place and must be a two-way exchange. The Crown is required to do more than to receive and document concerns and complaints. As this Court wrote in *Gitxaala*, at paragraph 265, speaking of the limited mandate of Canada's representatives:

When the role of Canada's representatives is seen in this light, it is of no surprise that a number of concerns raised by Aboriginal groups—in our view, concerns very central to their legitimate interests—were left unconsidered and undiscussed. This fell well short of the conduct necessary to meet the duty to consult.

[560] Further, Phase III was to focus on two questions: outstanding concerns about Project-related impacts and any required incremental accommodation measures. Canada's ability to consult and dialogue on these issues was constrained by two further limitations: first, Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions so as to

genuinely understand the concerns of the Indigenous applicants and then consider and respond to those concerns in a genuine and adequate way; second, Canada's erroneous view that it was unable to impose additional conditions on Trans Mountain.

[561] Together these three factors led to a consultation process that fell short of the mark and was, as a result, unreasonable. Canada then exacerbated the situation by its late disclosure of its view that the Project did not have a high level of impact on the established and asserted rights of the Indigenous applicants—a disclosure made two weeks before they were required to submit their final response to the consultation process and less than a month before the Governor in Council approved the Project.

[562] I begin the analysis by underscoring the need for meaningful two-way dialogue in the context of this Project and then move to describe in more detail the three significant impediments to meaningful consultation: the Crown consultation team's implementation of their mandate essentially as note-takers, Canada's reluctance to consider any departure from the Board's findings and recommended conditions, and Canada's erroneous view that it lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain. I then discuss Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants. Finally, I review instances that show that as a result of these impediments the opportunity for meaningful dialogue was frustrated.

[563] The jurisprudence of the Supreme Court on the duty to consult is clear. The Indigenous applicants were entitled to a dialogue that demonstrated that Canada not only heard but also gave

serious consideration to the specific and real concerns the Indigenous applicants put to Canada, gave serious consideration to proposed accommodation measures, and explained how the concerns of the Indigenous applicants impacted Canada's decision to approve the Project. The instances below show how Canada fell short of its obligations.

(i) The need for meaningful two-way dialogue

[564] As a matter of well-established law, meaningful dialogue is a prerequisite for reasonable consultation. As explained above at paragraphs 499 to 501, meaningful consultation is not simply a process of exchanging information. Where, as in this case, deep consultation is required, a dialogue must ensue and the dialogue should lead to a demonstrably serious consideration of accommodation. The Crown must be prepared to make changes to its proposed actions based on information and insight obtained through consultation.

[565] The need for meaningful dialogue exists and operates in a factual context. Here, Phase III was a critically important part of the consultation framework. This was so for a number of reasons.

[566] First, Phase III was the first opportunity for the Indigenous applicants to dialogue directly with Canada about matters of substance, not process.

[567] Second, the Board's report did not deal with all of the subjects on which consultation was required. For example, the Board did not make any determinations about the nature and scope of asserted or established Indigenous rights, including title rights. Nor did the Board consider the

scope of the Crown's duty to consult or whether the duty was fulfilled. Nor did Trans Mountain in its application, or the Board in its report, assess how the residual effects of the Project, or the Project itself, could adversely impact traditional governance systems and claims to Aboriginal title (Crown Consultation Report, sections 1.4, 4.3.4 and 4.3.5). Canada was obliged to consult on these issues.

[568] Third, neither Trans Mountain nor the Board assessed the Project's impacts on a specific basis for each affected Indigenous group. Rather, Trans Mountain assessed the effects related to Project construction and operations (including potential accidents and malfunctions) that might impact biophysical resources and socio-economic components within the Project area, and the Indigenous uses, practices and activities associated with those resources. This approach was accepted by the Board (Board report, pages 51 to 52).

[569] Finally, Phase III began in earnest with the release of the Board's report and finalized conditions. This report contained findings of great importance to the applicants because the Board's findings led Canada to conclude that the Project had only a minor-to-moderate impact on the Indigenous applicants. As a matter of law, this conclusion directly affected both the depth of consultation required and the need for accommodation measures. The following two examples illustrate the importance of the Board's findings to the Indigenous applicants.

[570] The first example concerns the assessment of the Project's potential impact on freshwater fishing. The Board found that the proposed watercourse crossings designs, mitigation measures, reclamation activities and post-construction monitoring were appropriate and that they would

effectively reduce the extent of effects on fish and fish habitat. Watercourse crossings would be required to comply with federal and provincial laws and regulations and would require permits under the British Columbia *Water Sustainability Act*, S.B.C. 2014, c. 15. The Board agreed with Trans Mountain's self-assessment of the potential for serious harm in that the majority of proposed watercourse crossings would not constitute serious harm to fish for the purposes of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14 (Board report, pages 183 and 185).

[571] The Stó:lō have a constitutionally protected right to fish on the Fraser River, a right affirmed by the Supreme Court of Canada. In the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report, Canada concluded that Project construction and routine maintenance during operation would be expected to result in a minor-to-moderate impact on the Stó:lō's freshwater fishing and marine fishing and harvesting activities (Stó:lō appendix, pages 26 and 27). This assessment flowed directly from the Board's conclusion that Project-related activities could result in low-to-moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat and the Board's conclusion that its conditions, if the Project was approved, would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities (Stó:lō appendix, pages 24 and 25).

[572] The second example relates to the ability of Indigenous groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes. The Board found that this ability would be temporarily impacted by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities, such as harvesting or accessing sites or areas of traditional land resource use, would be temporarily interrupted. The Board was of the view that these impacts would be short-

term, as they would be limited to brief periods during construction and routine maintenance, and that these effects would be largely confined to the Project footprint for the pipeline, associated facilities and the on-shore portion of the Westridge Marine Terminal site. The Board found these effects would be reversible in the short to long term, and low in magnitude (Board report, page 279). The Board also found that:

- Project-related pipeline, facility and Westridge Marine Terminal construction and operation, and marine shipping activities were likely to have low-to-moderate magnitude environmental effects on terrestrial, aquatic and marine species harvested by Indigenous groups as a whole (Board report, pages 204, 221 to 224 and 362);
- Construction of the Westridge Marine Terminal, the pipeline and associated facilities were likely to cause short-term temporary disruptions to Indigenous community members accessing traditional hunting, trapping and plant gathering sites (Board report, page 279); and,
- Project-related marine shipping activities were likely to cause temporary disruptions to activities or access to sites during the period of time Project-related tankers were in transit (Board report, page 362).

[573] Based on these findings, Canada concluded that the impact of Project construction and operation and Project-related marine shipping activities on Tsleil-Waututh's and Squamish's hunting, trapping and plant gathering activity would be negligible-to-minor. The Project's impact on these activities was assessed to be minor for the Stó:lō and SSN, and minor-to-moderate for Coldwater and Upper Nicola.

[574] The critical importance of the Board's findings to the Indigenous applicants mandated meaningful dialogue about those findings. I now turn to consider Canada's execution of Phase III of the consultation process, commencing with the mandate of the Crown consultation team.

(ii) The implementation of the mandate of the Crown consultation team

[575] While Canada submits that the members of the Crown consultation team were not mere note-takers, the preponderance of the evidence is to the effect that the members of the Crown consultation team acted on the basis that, for the most part, their role was that of note-takers who were to accurately report the concerns of the Indigenous applicants to the decision-makers.

[576] My review of the evidence begins with the explanation of the team's mandate found in the Crown Consultation Report. I then move to the evidence of the interactions between the Crown consultation team and the Indigenous applicants during the consultation process.

[577] First, a word of explanation about the source of the evidence cited below. Unless otherwise noted, the evidence comes from meeting notes prepared by Canada. It was Canada's practice to prepare meeting notes following each consultation meeting, to send the draft notes to the affected Indigenous group for comment, and then to revise the notes based on the comments received before distributing a final version. The parties did not take issue with the accuracy of meeting notes. As shown below, where there was any disagreement on what had been said, the minutes set out each party's view of what had been said.

a. The Crown Consultation Report

[578] Section 3.3.4 of the Crown Consultation Report dealt with Phase III of the consultation process. Under the subheading “Post-NEB Hearing Phase Consultation” the report stated:

... The mandate of the Crown consultation team was to listen, understand, engage and report to senior officials, Aboriginal group perspectives. The Minister of Natural Resources and other Ministers were provided a summary of these meetings.

b. The experience of Tsleil-Waututh

[579] At a meeting held on April 5, 2016, Erin O’Gorman of Natural Resources Canada “highlighted her mandate to listen and understand [Tsleil-Waututh’s] perspective on how consultations should be structured, and move this information for decision. No mandate to defend the current approach.”

[580] In the course of the introductions and opening remarks at a meeting held September 15, 2016, “Canada stressed that the Crown’s ultimate goal is to understand the position and concerns of the [Tsleil-Waututh] on the proposed Trans Mountain Expansion project.”

[581] At a meeting held on October 20, 2016, Canada’s representatives advised that “[o]ur intention is to provide a report to cabinet and include all first Nations consulted, we are open to having [Tsleil-Waututh] input review and representation in that report, together with mitigation and accommodation measures.” In response, a representative of Tsleil-Waututh “indicated he did not want consultations and a report of concerns to [Governor in Council]: that has occurred and

does not work.” The response of the federal representatives to this was that “it was sufficient to convey information to the [Governor in Council] depending on how it’s done.”

c. The experience of Squamish

[582] On October 6, 2016, the Major Projects Management Office and the British Columbia Environmental Assessment Office jointly wrote to Squamish in response to a letter from Squamish setting out its views on the outstanding deficiencies in the Board review process and requesting a review of the consultation approach the Crown was taking to inform forthcoming federal and provincial decisions in respect of the Project. Under the heading “Procedural Concerns” Squamish was advised:

The Crown Consultation Team’s objective has always been to work with Squamish and other Aboriginal groups to put forward the best information possible to decision makers within the available regulatory timeframe, via this Consultation and Accommodation Report. Comments and input provided by Squamish will help the Crown Consultation Team to accurately convey Squamish’s interests, concerns, and any specific proposals.

The Crown is now focused on validating the key substantive concerns of Squamish, and has requested feedback on an initial draft report so that the Crown can include draft conclusions in a subsequent revision that will include the Crown’s assessment of the seriousness of potential impacts from the Project on Aboriginal Interests, specific to each Aboriginal group.

...

At this stage in the process, following a four month extension of the federal legislated time limit, for a decision on the Project (required by December 19, 2016), we continue to want to ensure that Squamish’s substantive concerns with respect to the Project, [Board] report (including recommended terms and conditions), and related proposals for mitigation or accommodation are accurately and comprehensively documented in the Consultation and Accommodation Report.

(underlining added)

[583] At the only consultation meeting held with Squamish, Canada's consultation lead referenced the ethics the team abided by during each meeting with Indigenous groups: "honesty, truth, pursuing the rightful path and ensuring that accurate and objective, representative information is put before decision-makers."

[584] He later reiterated that "[i]t is the Crown's duty to ensure that accurate information on these outstanding issues is provided to decision-makers, including how Squamish perceives the project and any outstanding issues."

d. The experience of Coldwater

[585] At a meeting held with Coldwater on March 31, 2016, prior to the start of Phase III, the head of the Crown consultation team explained that:

... the work of the Crown consultation team, to develop a draft report that helps document the potential impacts of the project on [Coldwater] rights and interests, will be the vehicle through which the Crown documents potentially outstanding issues and accommodation proposals. It may appear as though the Crown is relying solely on the [Board] process, however it is not. It is leading its own consultation activities and will be overlaying a separate analytical framework (i.e. the impacts-on-rights lens).

[586] At a meeting on May 4, 2016, discussing, among other things, the effect of the Project on Coldwater's aquifer the Crown consultation team advised:

For specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those. The responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers.

(underlining added)

After Coldwater expressed its strong preference for the West Alternative Canada's representatives responded that:

[t]his issue is one which is very detailed, and will need to be recorded carefully and accurately in the Crown consultation Report. The Crown consultation report can highlight that project routing is a central issue for Coldwater.

(underlining added)

[587] At a consultation meeting held on October 7, 2016, again in the context of discussions about Coldwater's aquifer, one of Canada's representatives:

... acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analysed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise. The Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

...

Coldwater asked what the point of consultation was if all that was coming from the Crown was a summary report to the [Governor in Council].

(underlining added)

[588] In the later stages of the meeting during a discussion headed "Overview of Decision Making", Coldwater stated that based on the discussion with the Crown to date it did not seem likely that there would be a re-analysis of the West Alternative or any of the additional analysis Coldwater had asked for. Canada's representatives responded that:

[The Crown's] position is that the detailed route hearing process and Condition 39 provide avenues to consider alternative routes, however the Crown is not currently considering alternative routes because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory. The Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, it will then be

up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route.

(underlining added)

e. The experience of Stó:lō

[589] An email sent from the Major Projects Management Office following an April 13, 2016, consultation meeting advised that:

The Crown consultation team for [the Trans Mountain expansion] and the forthcoming Ministerial Representative (or Panel) will hear views on the project and whether there are any outstanding issues not addressed in the [Board's] final report and conditions or [Environment Canada's] assessment of upstream greenhouse gas emissions. This will provide another avenue for participants to provide their views on the upstream [greenhouse gas] assessment for [Trans Mountain expansion]. Any comments will be received and given consideration by the Government of Canada.

(underlining added)

[590] On May 12, 2016, the Stó:lō wrote to the Minister of Natural Resources, the Honourable James Carr. It wrote about the Crown Consultation Report that:

... we understood [Canada's representative] Mr. Neil to say that the federal decision-maker will be the Governor-in-Council and that [Natural Resources Canada], further to this Crown consultation, will not make recommendations with respect to this project. Instead, its report to the Governor-in-Council will be a summary of what it heard during its consultations with aboriginal peoples with some commentary. We further understood Mr. Whiteside [another federal representative] to say that the Governor-in-Council cannot, based on Crown consultations, add or make changes to the Terms and Conditions of the project as set out by the [Board]. If we have misunderstood these representations, we would appreciate being informed in writing. If we have not misunderstood these representations, we believe that [Natural Resources Canada] is misinterpreting its constitutional obligations and the authority of federal decision-makers.

(underlining added)

[591] The Stó:lō went on to observe that “[a] high level of consultation means more than simply gathering information on aboriginal interests, cross checking those with the Terms and Conditions of the project and reporting those findings to the federal decision-maker.” And that “[a] simple ‘what we heard’ report is inadequate to this task and the Governor-in-Council must be aware of its obligation to either reject or make changes to the project to protect and preserve the aboriginal rights, title and interests of the Stó:lō Collective.”

[592] The Minister responded on July 15, 2016. The Minister agreed that addressing concerns required more than gathering and reporting information from consultation sessions and advised that if the Stó:lō Collective identified concerns that had not been fully addressed by the Board’s terms and conditions consultation would “include efforts to preserve the Aboriginal rights in question.” The Minister encouraged the Stó:lō Collective “to work with the Crown consultation team so that the Stó:lō Collective’s interests are fully understood and articulated in the Crown Consultation and Accommodation Report” (underlining added). The Minister added that “[a]ny accommodation measures or proposals raised during Crown consultations will be included in this report and will inform the Government’s decision on [the Project].”

f. The experience of Upper Nicola

[593] At a meeting held on March 31, 2016, after Chief McLeod expressed his desire for Upper Nicola’s “intentions to be heard by decision makers, and asked that all of the information shared today be relayed to Minister Carr”, Canada’s representatives responded that “senior decision makers are very involved in this project and the Crown consultation team would be relaying the outcomes and the meeting records from the meeting today up the line.” Canada’s Crown

consultation lead noted that “wherever possible he would like to integrate some of the Indigenous words Chief McLeod spoke about into the Crown consultation report as a mechanism to relay the important messages which the Chief is talking about.”

[594] At a meeting on May 3, 2016, immediately prior to the release of the Board’s report and recommendations, Canada’s consultation lead “reiterated the current mandate for the Crown consultation team, which is to listen, learn, understand, and to report up to senior decision makers” (underlining added). Upper Nicola’s legal counsel responded that “the old consultation paradigm, where the Crown’s officials meets with Aboriginal groups to hear from them their perspectives and then to report this information to decision makers, is no longer valid.”

[595] Towards the end of the meeting, in response to a question about a recent media story which claimed that the Prime Minister had instructed his staff to develop a strategy for approving Trans Mountain, a senior advisor to Indigenous and Northern Affairs Canada advised that he had “received no instructions from his department that would change his obligation as a public servant to ensure that he does all he can to remain objective and impartial and to ensure that the views of Aboriginal groups are appropriately and accurately relayed to decision makers.” The Crown consultation lead added that the “Crown consultation team has no view on the project. Its job is to support decision makers with accurate information” (underlining added).

g. The experience of SSN

[596] In an email of July 7, 2015, sent prior to the release of the Board’s draft conditions, SSN was advised by the Major Projects Management Office that the Federal “Crown’s consultation

will focus on an exchange of information and dialogue on two key documents”, the Board’s draft conditions and the draft Crown Consultation Report. With respect to the Crown Consultation Report, the email advised that the focus would be to determine “whether the Crown has adequately described the Aboriginal group’s participation in the process, the substantive issues they have raised and the status of those issues (including Aboriginal groups’ views on any outstanding concerns and residual issues arising from Phase III)” (underlining added).

[597] In a later email of June 17, 2016, SSN were informed that:

The objective of the Crown consultation team moving forward is to consult collaboratively in an effort to reach consensus on outstanding issues and related impacts on constitutionally protected Aboriginal and treaty rights, as well as options for accommodating any impacts on rights that may need to be considered as part of the decision-making process. The status of these discussions will be documented in a Consultation and Accommodation Report that will help inform future decisions on the proposed project and any accompanying rationale for the government’s decisions.

(underlining added)

h. Conclusion on the mandate of the Crown consultation team

[598] As this review of the evidence shows, members of the Crown consultation team advised the Indigenous applicants on a number of occasions throughout the consultation process that they were there to listen and to understand the applicants’ concerns, to record those concerns accurately in the Crown Consultation Report, and to pass the report to the Governor in Council. The meeting notes show the Crown consultation team acted in accordance with this role when discussing the Project, its impact on the Indigenous applicants and their concerns about the Project. The meeting notes show little or no meaningful responses from the Crown consultation team to the concerns of the Indigenous applicants. Instead, too often Canada’s response was to

acknowledge the concerns and to provide assurance the concerns would be communicated to the decision-makers.

[599] As this Court explained in *Gitxaala* at paragraph 279, Canada was required to engage, dialogue and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous groups impacted by the Project. Meaningful dialogue required someone representing Canada empowered to do more than take notes—someone able to respond meaningfully to the applicants’ concerns at some point in time.

[600] The exchanges with the applicants demonstrate that this was missing from the consultation process. The exchanges show little to facilitate consultation and show how the Phase III consultation fell short of the mark.

[601] The consultation process fell short of the required mark at least in part because the consultation team’s implementation of its mandate precluded the meaningful, two-way dialogue which was both promised by Canada and required by the principles underpinning the duty to consult.

- (iii) Canada’s reluctance to depart from the Board’s findings and recommended conditions and genuinely engage the concerns of the Indigenous applicants

[602] During Phase III each Indigenous applicant expressed concerns about the suitability of the Board’s regulatory review and environmental assessment. These concerns were summarized and reported in the appendix to the Crown Consultation Report maintained for each Indigenous

applicant (Tsleil-Waututh appendix, pages 7-8; Squamish appendix, page 4; Coldwater appendix, pages 4-5; Stó:lō appendix, pages 12-14; Upper Nicola appendix, pages 5-6; SSN appendix, page 4). These concerns related to both the Board's hearing process and its findings and recommended conditions. The concerns expressed by the Indigenous applicants included:

- The exclusion of Project-related shipping from the definition of the “designated project” which was to be assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*.
- The inability to cross-examine Trans Mountain's witnesses, coupled with what were viewed to be inadequate responses by Trans Mountain to Information Requests.
- The Board's recommended terms and conditions were said to be deficient for a number of reasons, including their lack of specificity and their failure to impose additional conditions (for example, a condition that sacred sites be protected).
- The Board's findings were generic, thus negatively impacting Indigenous groups' ability to assess the potential impact of the Project on their title and rights.
- The Board's legislated timelines were extremely restrictive and afforded insufficient time to review the Project application and to participate meaningfully in the review process.
- The Board hearing process was an inappropriate forum for assessing impacts to Indigenous rights, and the Board's methods and conclusions regarding the significance and duration of the Project's impacts on Indigenous rights were flawed.

[603] However, missing from both the Crown Consultation Report and the individual appendices is any substantive and meaningful response to these concerns. Nor does a review of the correspondence exchanged in Phase III disclose sufficient meaningful response to, or dialogue about, the various concerns raised by the Indigenous applicants. Indeed, a review of the record of the consultation process discloses that Canada displayed a closed-mindedness when

concerns were expressed about the Board's report and was reluctant to depart from the findings and recommendations of the Board. With rare exceptions Canada did not dialogue meaningfully with the Indigenous applicants about their concerns about the Board's review. Instead, Canada's representatives were focused on transmitting concerns of the Indigenous applicants to the decision-makers, and nothing more. Canada was obliged to do more than passively hear and receive the real concerns of the Indigenous applicants.

[604] The evidence on this point comes largely from Tsleil-Waututh and Coldwater.

[605] I begin with the evidence of the Director of Tsleil-Waututh's Treaty, Lands and Resources Department, Ernie George. He affirmed that at a meeting held with representatives of Canada on October 21, 2016, to discuss Tsleil-Waututh's view that the Board's process was flawed such that the Governor in Council could not rely on its report and recommendations:

81. Canada expressed that it was extremely reluctant to discuss the fundamental flaws that [Tsleil-Waututh] alleged were present in relation to the [Board] process, and even prior to the meeting suggested that we might simply need to "agree to disagree" on all of those issues. In our view Canada had already determined that it was not willing to take any steps to address the issues that [Tsleil-Waututh] identified and submitted constituted deficiencies in the [Board] process, despite having the power to do so under CEAA and NEBA and itself stating that this was a realistic option at its disposal.

(underlining added)

[606] Mr. George was not cross-examined on his affidavit.

[607] Canada's reluctance was firmly expressed a few days later at a meeting held on October 27, 2016. Mr. George affirmed:

101. [Tsleil-Waututh] raised its concern that although the [Board] reached similar conclusions as [Tsleil-Waututh] that oil spills in Burrard Inlet would cause significant adverse environmental effects, it disagreed with Drs. Gunton and Broadbent's conclusions as to the likelihood of spills occurring. [Tsleil-Waututh] then asked Canada whether it agreed with those conclusions. Canada was unable to respond because it did not bring its risk experts to the meeting. [Tsleil-Waututh] rearticulated its view that such risks were far too high.

102. At this point, despite the critical importance of this issue, Canada advised [Tsleil-Waututh] that it was unwilling to revisit the [Board's] conclusions and would instead wholly rely on the [Board's] report on this issue. We stated that we did not accept Canada's position, that further engagement on this subject was required, and that we would be willing to bring our experts to a subsequent meeting to consider any new material or new technology that Canada might identify.

(underlining added)

[608] This evidence is consistent with the meeting notes prepared by Canada which reflect that Canada's representatives "indicated that government would rely on the [Board's] report". The notes then record that Tsleil-Waututh's representatives inquired "if the [Government of Canada] was going to rely on the [Board's] report, there was an openness to discuss matters related to gaps in the [Board's] report and what had been ignored." In response, "Canada acknowledged [Tsleil-Waututh's] views on the [Board] process, and indicated that it could neither agree or disagree: both [Tsleil-Waututh] and [Canada] had been intervenors and neither could know how the [Board] panel weighed information provided to it."

[609] Coldwater provided similar evidence relating to its efforts to consult with Canada about the Project's impacts on its aquifer at meetings held on May 4, 2016 and October 7, 2016.

[610] On May 4, 2016, representatives of Coldwater expressed their view that the West Alternative was a much better pipeline route that addressed issues the Board had not addressed

adequately. As set out above, Canada's representatives responded that for "specifics such as detailed routing, it is the [Board] which decides those" and added that "[t]he responsibility that the Crown consultation team has is to make sure these issues are reflected in the Crown consultation report, so they can be considered by decision makers."

[611] Canada again expressed the view that the Board's findings were not to be revisited in the Crown consultation process at the meeting of October 7, 2016. In response to a question about the West Alternative, Canada's representatives advised that in the Phase III consultation process it was not for Canada to consider the West Alternative as an alternate measure to mitigate or accommodate Coldwater's concerns. The meeting notes state:

The Crown replied that the [Board] concluded that the current route is acceptable; however the Panel imposed a condition requiring the Proponent to further study the interaction between the proposed pipeline and the aquifer. Tim Gardiner acknowledged that the aquifer hasn't been fully explored, but explained that the [Board] process has analyzed the Project and that the Crown will not be taking an independent analysis beyond that. This is because the [Board] is a quasi-judicial tribunal with significant technical expertise, the Crown (federally and provincially) will not undertake an independent analysis of potential corridor routes. That said, the Crown will take Coldwater's concerns back to decision makers.

(underlining added)

[612] Canada went on to express its confidence in Board Condition 39 and the detailed route hearing process.

[613] Later, in response to Coldwater's concern that the Board never considered the West Alternative, the meeting notes show that Canada's representatives:

... acknowledged Coldwater's concerns, and explained that when the West Alternative was no longer in the [Board's] consideration, the Crown was not able

to question that. [Mr. Whiteside] acknowledged that from Coldwater's perspective this leaves a huge gap. Mr. Whiteside went on to explain that the Proponent's removal of the West Alternative "is not the Crown's responsibility. We are confined to the [Board] report."

(underlining added)

[614] Finally, in the course of an overview of decision-making held at the end of the October 7, 2016 meeting, Canada advised it was not considering alternative routes "because the [Board] concluded that the applied for pipeline corridor is satisfactory." Canada added that "[t]he Crown will ensure that Coldwater's concerns about the route are provided to the Cabinet, [and] it will then be up to Cabinet to decide if those concerns warrant reconsideration of the current route."

[615] As this Court had already explained in *Gitxaala*, at paragraph 274, Canada's position that it was confined to the Board's findings is wrong. As in *Gitxaala*, Phase III presented an opportunity, among other things, to discuss and address errors, omissions and the adequacy of the recommendations in the Board's report on issues that vitally concerned the Indigenous applicants. The consequence of Canada's erroneous position was to seriously limit Canada's ability to consult meaningfully on issues such as the Project's impact on each applicant and possible accommodation measures.

[616] Other meeting notes do not record that Canada expressed its reluctance to depart from the Board's findings in the same terms to other Indigenous applicants. However, there is nothing inconsistent with this position in the notes of the consultation with the other applicants.

[617] For example, in a letter sent to Squamish by the Major Projects Management Office on July 14, 2015, it was explained that the intent of Phase III was:

... not to repeat or duplicate the [Board] review process, but to identify, consider and potentially address any outstanding concerns that have been raised by Aboriginal groups (i.e. concerns that, in the opinion of the Aboriginal group, have not been addressed through the [Board] review process).

[618] Later, Squamish met with the Crown consultation team on September 11, 2015, to discuss the consultation process. At this meeting Squamish raised concerns about, among other things, the adequacy of Canada's consultation process. In a follow-up letter counsel for Squamish provided more detail about the "Squamish Process"—a proposed process to enable consideration of the Project's impact upon Squamish's interests. The process included having community concerns inform the scope of the assessment with the goal of having these concerns substantively addressed by conditions placed on the Project proponent.

[619] Canada responded by letter dated November 26, 2015, in which it reiterated its position that:

... there are good reasons for the Crown to rely on the [Board's] review of the Project to inform the consultation process. This approach ensures rigour in the assessment of the potential adverse effects of the Project on a broad range of issues including the environment, health and socio-economic conditions, as well as Aboriginal interests.

[620] The letter went on to advise that:

Information from a formal community level or third-party review process can be integrated into and considered through the [Board] review process if submitted as evidence. For the Trans Mountain Expansion Project, the appropriate time to have done so would have been prior to the evidence filing deadline in May 2015.

[621] Canada went on to express its confidence that the list of issues, scope of assessment and scope of factors examined by the Board would inform a meaningful dialogue between it and Squamish.

[622] In other words, Canada was constrained by the Board's review of the Project. Canada required that evidence of any assessment or review process be first put before the Board, and any dialogue had to be informed by the Board's findings.

[623] A similar example is found in the Crown's consultation with Upper Nicola. At the consultation meeting held on September 22, 2016, Upper Nicola expressed its concern with the Board's economic analysis. The Director General of the Major Projects Management Office responded that "as a rule, the [Governor in Council] is deferential to the [Board's] assessment, but they are at liberty to consider other information sources when making their decision and may reach a different conclusion than the [Board]." The Senior Advisor from Indigenous and Northern Affairs Canada added that "the preponderance of detail in the [Board] report weighs heavy on Ministers' minds."

[624] No dialogue ensued about the legitimacy of Upper Nicola's concern about the Board's economic analysis, although Canada acknowledged "a strong view 'out there' that runs contrary to the [Board's] determination."

[625] Matters were left that if Upper Nicola could provide more information about what it said was an incorrect characterization of the economic rationale and Indigenous interests, this information would be put before the Ministers.

[626] Put another way, Canada was relying on the Board's findings. If Upper Nicola could produce information contradicting the Board that would be put before the Governor in Council; it would not be the subject of dialogue between Upper Nicola and Canada's representatives. Canada did not grapple with Upper Nicola's concerns, did not discuss with Upper Nicola whether the Board should be asked to reconsider its conclusion about the economics of the Project and did not explain why Upper Nicola's concern was found to lack sufficient merit to require Canada to address it meaningfully.

[627] As explained above at paragraph 491, Canada can rely on the Board's process to fulfil, in whole or in part, the Crown's duty to consult. However, reliance on the Board's process does not allow Canada to rely unwaveringly upon the Board's findings and recommended conditions. When real concerns were raised about the hearing process or the Board's findings and recommended conditions, Canada was required to dialogue meaningfully about those concerns.

[628] The Board is not immune from error and many of its recommendations were just that—proffered but not binding options for Canada to consider open-mindedly, assisted by its dialogue with the Indigenous applicants. Phase III of the consultation process afforded Canada the opportunity, and the responsibility, to dialogue about the asserted flaws in the Board's process and recommendations. This it failed to do.

- (iv) Canada's erroneous view that the Governor in Council could not impose additional conditions on the proponent

[629] Canada began and ended Phase III of the consultation process operating on the basis that it could not impose additional conditions on the proponent. This was wrong and limited the scope of necessary consultation.

[630] Thus, on May 25, 2015, towards the end of Phase II, the Major Projects Management Office wrote to Indigenous groups to provide additional information on the scope and timing of Phase III consultation. If Indigenous groups identified outstanding concerns after the Board issued its report, the letter described the options available to Canada as follows:

The Governor in Council has the option of asking the [National Energy Board] to reconsider its recommendation and conditions. Federal and provincial governments could undertake additional consultations prior to issuing additional permits and/or authorizations. Finally, federal and provincial governments can also use existing or new policy and program measures to address outstanding concerns.

[631] Canada expressed the position that these were the available options throughout the consultation process (see, for example, the meeting notes of the consultation meeting held on March 31, 2016, with Coldwater).

[632] Missing was the option of the Governor in Council imposing additional conditions on Trans Mountain.

[633] At a meeting held on April 13, 2016, after Canada's representatives expressed the view that the Crown could not add additional conditions, the Stó:lō's then counsel expressed the

contrary view. She asked that Canada's representatives verify with their Ministers whether Canada could attach additional conditions. By letter dated November 28, 2016 (the day before the Project was approved), Canada, joined by the British Columbia Environmental Assessment Office, advised that "the Governor in Council cannot impose its own conditions directly on the proponent as part of its decision" on the certificate of public convenience and necessity.

[634] This was incorrect. In *Gitxaala*, at paragraphs 163 to 168, this Court explained that when considering whether Canada has fulfilled its duty to consult, the Governor in Council necessarily has the power to impose conditions on any certificate of public convenience and necessity it directs the National Energy Board to issue.

[635] In the oral argument of these applications Canada acknowledged this power to exist, albeit characterizing it to be a power unknown to exist prior to this Court's judgment in *Gitxaala*.

[636] Accepting that the power had not been explained by this Court prior to its judgment in *Gitxaala*, that judgment issued on June 23, 2016, five months before Canada wrote to the Stó:lō advising that the Governor in Council lacked such a power and five months before the Governor in Council approved the Project. The record does not contain any explanation as to why Canada did not correct its position after the *Gitxaala* decision.

[637] The consequence of Canada's erroneous position that the Governor in Council lacked the ability to impose additional conditions on Trans Mountain seriously and inexplicably limited Canada's ability to consult meaningfully on accommodation measures.

- (v) Canada's late disclosure of its assessment of the Project's impact on the Indigenous applicants

[638] As explained above at paragraph 488, the depth of the required consultation increases with the seriousness of the potentially adverse effect upon the claimed title or right. Canada's assessment of the Project's effect on each Indigenous applicant was therefore a critical aspect of the consultation process.

[639] Canada ultimately assessed the Project not to have a high level of impact on the exercise of the Indigenous applicants' "Aboriginal Interests" (a term defined in the Crown Consultation Report to include "asserted or established Aboriginal rights, including title and treaty rights."). The Project was assessed to have a minor impact on the exercise of the Aboriginal Interests of Squamish and SSN, a minor-to-moderate impact on the Aboriginal Interests of Coldwater and Stó:lō and a moderate impact on the Aboriginal Interests of Tsleil-Waututh and Upper Nicola.

[640] This important assessment was not communicated to the Indigenous applicants until the first week of November 2016, when the second draft of the Crown Consultation Report was provided (the first draft contained placeholder paragraphs in lieu of an assessment of the Project's impact). Coldwater, Upper Nicola and SSN received the second draft of the Crown Consultation Report on November 1, 2016, Squamish and Stó:lō on November 3, 2016 and Tsleil-Waututh on November 4, 2016. Each was given two weeks to respond to the draft Crown Consultation Report.

[641] By this point in time Squamish, Coldwater, Stó:lō and SSN had concluded their consultation meetings with Canada and no further meetings were held.

[642] Tsleil-Waututh did have further meetings with Canada, but these meetings were for the specific purposes of discussing greenhouse gases, the economic need for the Project and the Oceans Protection Plan.

[643] Upper Nicola did have a consultation meeting with Canada on November 16, 2016, at which time it asked for an extension of time to respond to the second draft of the Crown Consultation Report. In response, Upper Nicola received a two-day extension until November 18, 2016, to provide its comments to Canada. Canada's representatives explained that "Cabinet typically requires material one month ahead of a decision deadline to enable time to receive and review the report, translate etc. and that we've already reduced this down to enable a second round of comments."

[644] Importantly, Canada's Crown consultation lead acknowledged that other groups had asked for more time and the request had been "communicated to senior management and the Minister loud and clear." Canada's consultation lead went on to recognize that the time provided to review the second draft "may be too short for some to contribute detailed comments". There is no evidence that Canada considered granting the requested extension so that the Indigenous groups could provide detailed, thoughtful comments on the second draft of the Crown Consultation Report, particularly on Canada's assessment of the Project's impact. Nor does the record shed any light on why Canada did not consider granting the requested extension. The

statutory deadline for Cabinet's decision was December 19, 2016, and the Indigenous applicants had been informed of this.

[645] Ultimately, the Governor in Council approved the Project on November 29, 2016.

[646] The consequence of Canada's late communication of its assessment of the Project's impact was mitigated to a degree by the fact that from the outset it had acknowledged, and continues to acknowledge, that it was obliged to consult with the Indigenous applicants at the deeper end of the consultation spectrum. Thus, the assessment of the required depth of consultation was not affected by Canada's late advice that the Project, in its view, did not have a high level of impact on the claimed rights and title of the Indigenous applicants.

[647] This said, without doubt Canada's view of the Project's impact influenced its assessment of both the reasonableness of its consultation efforts and the extent that the Board's recommended conditions mitigated the Project's potential adverse effects and accommodated the Indigenous applicants' claimed rights and title. For this reason, the late delivery of Canada's assessment of the Project's impact until after all but one consultation meeting had been held contributed to the unreasonableness of the consultation process.

[648] I now turn to review instances that illustrate Canada's failure to dialogue meaningfully with the Indigenous applicants.

(vi) Canada's failure to dialogue meaningfully

a. The experience of Tsleil-Waututh

[649] Tsleil-Waututh had conducted its own assessment of the Project's impact on Burrard Inlet and on Tsleil-Waututh's title, rights and interests and traditional knowledge. This assessment, based on the findings of six independent experts and the traditional knowledge of Tsleil-Waututh members, concluded, among other things that:

- The likelihood of oil spills in Burrard Inlet would increase if the Project is implemented, and because spilled oil cannot be cleaned up completely, the consequences in such circumstances would be dire for sensitive sites, habitat and species, and in turn for the Tsleil-Waututh's subsistence economy, cultural activities and contemporary economy.
- Any delay in spilled oil cleanup response would decrease significantly the total volume of oil which could be cleaned up, and in turn increase the negative effects and consequences of a spill.
- The direct effects of marine shipping are likely to add to the effects and consequences of spilled oil, which in turn will further amplify the negative effects of the Project on Tsleil-Waututh's title, rights and interests.
- Tsleil-Waututh could not accept the increased risks, effects and consequences of even another small incident like the 2007 spill at the Westridge Marine Terminal or the 2015 MV Marathassa oil spill, let alone a worst-case spill.

[650] In the view of Tsleil-Waututh, the Board erred by excluding Project-related shipping from the Project's definition. Tsleil-Waututh was also of the view that the Board's conditions did not address their concerns about marine shipping. For example, Tsleil-Waututh noted that very few of the Board's conditions set out desired outcomes. Rather, they prescribed a means to secure an unspecified outcome.

[651] At the consultation meeting of October 27, 2016, Canada's representatives repeatedly acknowledged Tsleil-Waututh's view that the Board's conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and that the Board's failure to do so resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping.

[652] However, when the discussion turned to how to address Tsleil-Waututh's concerns, federal representatives noted that "proposals to strengthen marine shipping management, including nation to nation relationships, would take time to develop and strengthen." They went on to express optimism:

... that progress toward a higher standard of care could occur over the next few years with First Nations, at a nation to nation level, particularly on spill response and emergency preparedness capacities. As baseline capacities increased, risks would be reduced.

[653] This generic and vague response that concerns could be addressed in the future, outside the scope of the Project and its approval, was Canada's only response. Canada did not suggest any concrete measures, such as additional conditions, to accommodate Tsleil-Waututh's concerns about marine shipping.

[654] Nor did Canada propose any accommodation measures at the meeting of October 28, 2016. At this meeting, Tsleil-Waututh sought further discussion about the Project's definition because, in its view, this issue had to be resolved if the Project was to be sent back to the Board for reconsideration. Canada's representatives responded that this was a matter for consideration

by the Governor in Council and “it was understood that the scope of the [Board’s] review would be litigated.”

[655] Nor did Canada respond meaningfully to Tsleil-Waututh’s concerns in the Crown Consultation Report or in the Tsleil-Waututh appendix.

[656] The appendix, after detailing Tsleil-Waututh’s concerns responded as follows:

Sections 4.2.6 and 5.2 of this Report provide an overview of how the Crown has considered accommodation and mitigation measures to address outstanding issues identified by Aboriginal groups. Accommodations proposed by Tsleil-Waututh that the Crown has not responded to directly via letter will be otherwise actively considered by decision-makers weighing Project costs and benefits with the impacts on Aboriginal Interests.

(underlining added)

[657] Section 4.2.6 of the Crown Consultation Report referred to the proposed Indigenous Advisory and Monitoring Committee and to recognition of the historical impacts of the existing Trans Mountain pipeline. The nascent nature of the Indigenous Advisory and Monitoring Committee is shown by the listing of possible roles the committee “could” play.

[658] Section 5.2 of the Crown Consultation Report dealt with Canada’s assessment of the adequacy of consultation. It contains no response to Tsleil-Waututh’s specific concerns that the Board’s conditions were not sufficiently robust, that Project-related shipping ought to have been assessed under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and that the Board’s failure to do this resulted in the further failure to impose conditions on marine shipping. Section 5.2 did

provide Canada's limited response to concerns about the appropriateness of the Board's review process:

With respect to perceived inadequacies in the [Board] review process, the Crown notes the Government's commitment to modernize the [Board] and to restore public trust in federal environmental assessment processes. The Crown further notes that consultations on these processes have been launched and will include the engagement of Indigenous groups. Overall, however, Government, through its Interim Strategy, indicated that no project proponent would be sent back to the beginning, which mean [*sic*] that project [*sic*] currently undergoing regulatory review would continue to do so within the current framework.

[659] Canada has not pointed to any correspondence in which it meaningfully addressed Tsleil-Waututh's concern that the Board's conditions were not sufficiently robust and that Project-related shipping should not have been excluded from the Project's definition.

[660] Tsleil-Waututh raised valid concerns that touched directly on its asserted title and rights. While Canada strove to understand those concerns accurately, it failed to respond to them in a meaningful way and did not appear to give any consideration to reasonable mitigation or accommodation measures, or to returning the issue of Project-related shipping to the Board for reconsideration.

[661] While Canada moved to implement the Indigenous Advisory and Monitoring Committee and the Oceans Protection Plan, these laudable initiatives were ill-defined due to the fact that each was in its early planning stage. As such, these initiatives could not accommodate or mitigate any concerns at the time the Project was approved, and this record does not allow consideration of whether, as those initiatives evolved, they became something that could meaningfully address real concerns.

b. The experience of Squamish

[662] At the one consultation meeting held in Phase III with Squamish on October 18, 2016, Squamish took the position throughout the meeting that it had insufficient information about the Project's impact on Squamish to make a decision on the Project or to discuss mitigation measures. Reference was made to a lack of information about the fate and behaviour of diluted bitumen if spilled in a marine environment. Squamish also expressed the view that the Governor in Council was equally unable to make a decision on the Project because of research and information gaps about diluted bitumen.

[663] Canada responded:

The Crown recognized that there are uncertainties and information gaps which factor into the project decision. Most decisions are not made with perfect certainty. For instance, fate and behaviour of diluted bitumen in the marine environment has been identified as an information gap. The Crown is happy to discuss the level of uncertainty but is unsure how the [Governor in Council] will weigh these issues, such as whether they will decide that uncertainties are acceptable for the project to move forward. It should be noted that the [Governor in Council] can send the [Board] recommendation and any terms and conditions back to the [Board] for reconsideration.

(underlining added)

[664] The meeting notes do not reflect that any discussion ensued about the fate and behaviour of diluted bitumen in water. This is not surprising because the Crown consultation team had effectively told Squamish that any discussion would not factor into the Governor in Council's deliberation and ultimate decision.

[665] In a letter dated the day before the Project was approved, Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote jointly to Squamish responding to issues raised by Squamish. With respect to diluted bitumen the letter stated:

Squamish Nation has identified concerns relating to potential spills as well as the fate and behaviour of diluted bitumen. The [Board's] Onshore Pipeline Regulations (OPR) requires a company to develop and implement management and protection programs in order to anticipate, prevent, mitigate and respond to conditions that may adversely affect the safety and security of the general public, the environment, property and, company's personnel and pipelines. A company must follow the legal requirements identified in the *National Energy Board Act* and its associated regulations, other relevant standards, and any conditions contained within the applicable Project certificates or orders.

[666] This generic response is not a meaningful response to Squamish's concern that too little was known about how diluted bitumen would behave if spilled and that this uncertainty made it premature to approve the Project.

[667] The letter went on to review Board conditions, planned government initiatives (such as the Area Response Planning Initiative, Transport Canada's commitment to engage with British Columbia First Nations on issues related to marine safety and the Oceans Protection Program). The letter also referenced research that the Government of Canada was conducting on the behaviour and potential impacts of a diluted bitumen spill in a marine environment. While laudable initiatives, they too did not respond meaningfully to Squamish's concern that more needed to be known before the Project was approved.

[668] There is nothing in Canada's response to show that Squamish's concern about diluted bitumen was given real consideration or weight, and nothing to show any consideration was given to any meaningful and tangible accommodation or mitigation measures.

c. The experience of Coldwater

[669] Coldwater's concerns about the Project's impact on its aquifer were described above at paragraphs 609-610 in the context of Canada's unwillingness to depart from the Board's findings and recommended conditions.

[670] As explained at paragraph 610, when, during the consultation process, Coldwater suggested an alternate route for the pipeline that in its view posed less risk to its drinking water, Canada advised that it is the Board that decides pipeline routing, and the role of the Crown consultation team was to make sure the issue of an alternate route was reflected in the Crown Consultation Report so that it could be considered by the decision-makers.

[671] Later during the May 4, 2016 meeting, in response to a question from Coldwater about a detailed route hearing, Brian Nesbitt, a contractor made available to answer questions about the Board, responded:

Brian explained that the Governor in Council would approve the approved, detailed route, but that if someone doesn't agree with that route they can intervene, say a detailed route hearing is required, and propose an alternative route. He stated that the burden of proof is essentially flipped and the landowner has the onus to show that the best route is somewhere other than the approved route.

Brian provided an overview of the Detailed Route Approval Process (DRAP). Alternative routes, even outside the approved ROW corridor, can be proposed. In those cases it falls to the intervening party to make the case for why that route is the best one. In Brian's experience, these arguments have been made in past hearings and sometimes they are successful. He provided the example of a pipeline going through a wooded area where inner city kids would go. If an alternative route is identified in the detailed route hearing, the proponent has to apply for a variance. This might require Governor in Council decisions, depending on how the CPCN is worded. Brian emphasized that the burden of establishing a better route lies with the landowner.

(underlining added)

[672] A senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada then agreed that Coldwater would require a very significant variance, a departure of about 10 kilometres from the approved pipeline right-of-way.

[673] Counsel for Coldwater, Melinda Skeels, then replied:

Melinda stated that it does not sound reasonable to expect Coldwater to mount the kind of evidence needed to make the case for that alternative. In her view, this issue needs to be addressed before a certificate is issued. It cannot wait until after.

Melinda stated that it did not seem like a detailed route hearing is a realistic option that would assist in addressing Coldwater's routing concerns.

Coldwater's recollection is that: Joseph, Tim and Ross were in general agreement, particularly given the significance of the variance and the fact that the onus would be shifted to Coldwater.

The Crown's position is that: The Crown officials would neither have agreed with or disagreed with the above statement.

[674] The senior advisor for Indigenous and Northern Affairs Canada responded:

... reflecting this concern in the Crown Consultation Report is one way to have it before decision makers prior to a decision on the certificate. He said that the routing issue goes to the heart of the CPCN and that the Crown may need to send the Project back to the [Board] to address this.

[675] As explained at paragraph 587 above, Coldwater's request for an analysis of the pipeline route was revisited at the October 7, 2016, consultation meeting. Canada acknowledged that the aquifer had not been fully explored, but expressed confidence in the Board's Condition 39.

[676] In response:

Coldwater expressed its concern that, given the momentum behind the project following a [Governor in Council] approval, it will take a major adverse finding in the Condition 39 report for the West Alternative to become viable. They argued that their aquifer concerns would not be sufficiently mitigated by moving the pipeline within the 150m approved route corridor as part of a detailed route hearing, because the West Alternative was well outside that recommended corridor. Coldwater asked if an approved route corridor had ever been changed because of a report released following a GIC approval.

The [Board] asserted that detailed route hearings in the past had led to routes being changed for various reasons; however he (Brian Nesbitt) was personally unaware of a route being moved outside an approved corridor. However, it is possible if the situation warrants.

...

The Crown replied that Condition 39 was put in place because the Board felt that evidence did not provide enough certainty about the impact of the Project on Coldwater's aquifer. That knowledge gap will have to be addressed, to the [Board's] satisfaction, prior to construction commencing. The Crown appreciates that the Condition does not provide certainty about the possibility of changing the pipeline corridor; however the presence of the Condition indicates that the [Board] is not satisfied with the information currently available.

(underlining added)

[677] In the Crown Consultation Report Canada acknowledged that a pipeline spill associated with the Project could result in minor to serious impacts to Coldwater's Aboriginal Interests:

The Crown acknowledges the numerous factors that would influence the severity and types of effects associated with a pipeline spill, and that an impacts determination that relates the consequences of a spill to specific impacts on Aboriginal Interests has a high degree of uncertainty. The Crown acknowledges that Coldwater relies primarily on an aquifer crossed by the Project for their drinking water, as well as subsistence foods and natural resources, and are at greater risk for adverse effects from an oil spill. To address the concerns raised by Coldwater during the post-[Board] Crown consultation period, [Environmental Assessment Office] proposes a condition that would require, in addition to [Board] Condition 39, characterization of the aquifer recharge and discharge sources and aquifer confinement, and include an assessment of the vulnerability of the aquifer.

(underlining added, footnote omitted)

[678] Throughout the consultation process, Canada worked to understand Coldwater's concerns, and the British Columbia Environmental Assessment Office imposed a condition requiring a second hydrogeological report for approval by it. However, missing from Canada's consultation was any attempt to explore how Coldwater's concerns could be addressed. Also missing was any demonstrably serious consideration of accommodation—a failure likely flowing from Canada's erroneous position that it was unable to impose additional conditions on the proponent.

[679] Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Coldwater's traditional territory where Coldwater was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title. In circumstances where Coldwater would bear the burden of establishing a better route for the pipeline, and where the advice given to Coldwater by the Board's technical expert was that he was personally unaware of a route being moved out of the approved pipeline corridor, Canada placed its reliance on Condition 39, and so advised Coldwater. However, as Canada acknowledged, this condition carried no certainty about the pipeline route. Nor did the condition provide any certainty as to how the Board would assess the risk to the aquifer.

[680] At the end of the consultation process, and at the time the Project was approved, Canada failed to meaningfully engage with Coldwater, and to discuss and explore options to deal with the real concern about the sole source of drinking water for its Reserve.

d. The experience of Stó:lō

[681] As part of the Stó:lō's effort to engage with the Crown on the Project, Stó:lō prepared a detailed technical submission referred to as the "Integrated Cultural Assessment for the Proposed Trans Mountain Expansion Project", also referred to as "ICA". A copy of the ICA was filed with the Board.

[682] The ICA was based on surveys, interviews, meetings and workshops held with over 200 community members from approximately 11 Stó:lō bands. The ICA concluded that the Project posed a significant risk to the unique Indigenous way of life of the Stó:lō, threatening the cultural integrity and survival of core relationships at the heart of the Stó:lō worldview, identity, health and well-being. The ICA also contained 89 recommendations which, if implemented by Trans Mountain or the Crown, were believed by Stó:lō to mitigate the Project's adverse effects on Stó:lō.

[683] To illustrate the nature of the recommendations, section 17.2 of the ICA deals with recommendations to mitigate the Project's impact on fisheries. Section 17.2.1 deals with Management and Planning in the context of fisheries mitigation. The recommended Management and Planning mitigation measures are:

17.2.1 Management and Planning

5. Stó:lō Fishing representatives will participate in the development and review of Fisheries Management Plans and water course crossing EPPs before construction and mitigation plans are finalized.
6. Stó:lō representatives will provide input on proposed locations for Hydrostatic test water withdrawal and release.

7. [The proponent] will consult with Stó:lō representatives to develop the Emergency Response Plans in the study area.
8. Stó:lō representatives will consult with community members to determine appropriate restoration plans for water crossings including bank armouring, seed mixes or replanting requirements.
9. Stó:lō fishing representatives must be notified if isolation methods will not work and [the proponent] is considering another crossing method.
10. Stó:lō representatives must be notified as soon as a spill or leak, of any size, is detected.
11. During water quality monitoring program, anything that fails to meet or exceed established guidelines will be reported to a Stó:lō Fisheries Representative within 12 hours.

[684] These measures are specific, brief and generally measured and reasonable. If implemented they would provide more detail to the Board's generic conditions on consultation and require timely notification to the Stó:lō of events that may adversely impact their interests.

[685] During the Board's Information Request process, the Stó:lō pressed Trans Mountain to respond to their 89 recommendations but Trans Mountain did not provide a substantive response. Instead, Trans Mountain provided a general commitment to work with Stó:lō to develop a mutually-acceptable plan for implementation.

[686] The Board did not adopt any of the specific 89 recommendations made by the Stó:lō in its terms and conditions.

[687] At a meeting held with the Crown consultation team on April 13, 2016, before the release of the Board's report, the Stó:lō provided an overview of the development of the ICA and

expressed many concerns, including their dissatisfaction with their engagement with Trans Mountain.

[688] The Stó:lō representative stated that, among other things, Trans Mountain was directed by the Board to include Indigenous knowledge in Project planning, but did not. By way of example, the Stó:lō explained that the Fraser River is a tidal (at least up to Harrison River), meandering river, with a wandering gravel bed that is hydrologically connected to many wetlands and waterways crossed by the Project. A map of historical waterways was provided in the ICA, along with a table listing local and traditional knowledge of waterways crossed by the Project. None of this information was considered in Trans Mountain's technical reports. In Stó:lō's view, Trans Mountain's assumptions and maps about the Fraser River were wrong and did not include their traditional knowledge. A year after the ICA was provided to Trans Mountain the Stó:lō met with Trans Mountain's fisheries manager who had never seen the ICA or any of the technical information contained in it.

[689] Additionally, Stó:lō provided details about deficiencies identified in Trans Mountain's evidence filed with the Board about Stó:lō title, rights, interests and Project impacts. For example, Trans Mountain's evidence was to the effect that the Stó:lō had no traditional plant harvesting areas within the Project area. However, the ICA identified and mapped several plant gathering sites within the proposed pipeline corridor. Another example of a deficiency was Trans Mountain's evidence that there were no habitation sites in the Project area; however, the ICA mapped three habitation sites within the proposed pipeline corridor and two habitation sites located within 50 metres of the pipeline corridor.

[690] At a later consultation meeting held September 23, 2016, the Stó:lō reiterated that a key concern was their view that the Board's process had failed to hold the proponent accountable for integrating Stó:lō's traditional use information into the assessment of the Project. The draft Crown Consultation Report overlooked evidence filed by Stó:lō about their traditional land use. Instead, the report repeated oversights in Trans Mountain's evidence presented to the Board. For example, Stó:lō noted the Crown was wrong to state that "[n]o plant gathering sites were identified within the proposed pipeline corridor". The Stó:lō had explained this at the April 13, 2016 meeting.

[691] The Stó:lō Collective was not confident that Trans Mountain would follow through on commitments to include local Indigenous people or traditional knowledge in the development of the Project unless the Board's terms and conditions required Trans Mountain to regularly engage Stó:lō communities in a meaningful way.

[692] Canada's representatives confirmed that the Stó:lō Collective was looking for stronger conditions, more community-specific commitments and more accountability placed on Trans Mountain so that conditions proposed by Stó:lō became regulatory requirements.

[693] The Crown consultation team met with Stó:lō once after the release of the Board's report, on September 23, 2016.

[694] During this meeting the "Collective noted with great concern that the [Board] report came out May 19th, that the [Governor in Council's] decision is due Dec. 19th, and that the

Crown was just meeting now (Sept. 23) to consult on the [Board] report with so many potential gaps left to discuss and seek to resolve with tight timelines to do so”.

[695] At this meeting the Crown consultation team presented slides summarizing the Board’s conclusions. The Stó:lō noted their disagreement with the following findings of the Board:

- “Ability of Aboriginal groups to use the lands, waters and resources for traditional purposes would be *temporarily impacted*” by construction and routine maintenance activities, and that some opportunities for certain activities such as harvesting or accessing sites or areas of [Traditional Land and Resource Use] will be *temporary interrupted*.”;
- “Project’s contribution to potential broader cultural impacts related to access and use of natural resources is *not significant*.”; and,
- “Impacts would be *short term, limited to brief periods* during construction and routine maintenance, *largely confined to the Project footprint* for the pipeline... Effects would be *reversible in the short to long term, and low in magnitude*.”

(emphasis in original)

[696] The Stó:lō pointed to the potential permanent impact of the Project on sites of critical cultural importance to Stó:lō and the Project’s impacts related to access and use of natural resources.

[697] With respect to sites of critical cultural importance, the Stó:lō explained that none of the information contained in their ICA influenced the design of the Project or was included in the Project alignment sheets. The failure to include information about cultural sites on the Project alignment sheets meant that various geographic features known to Stó:lō and the proponent were not being factored into Project effects, or avoidance or mitigation efforts. In response to questions, Stó:lō confirmed that even though Trans Mountain was well aware of Stó:lō sites of

importance, as detailed in the ICA, Trans Mountain had not recognized them on the right-of-way corridor maps. Stó:lō believed this afforded the sites no protection if the Project was approved.

[698] With respect to Lightning Rock, a culturally significant spiritual and burial site, the Stó:lō noted that Trans Mountain planned to put a staging area in proximity to the site which, in the view of the Stó:lō, would obliterate the site. The Board had imposed Condition 77 relating to Lightning Rock. This condition required Trans Mountain to file a report outlining the conclusions of a site assessment for Lightning Rock, including reporting on consultation with the Stó:lō Collective. However, Stó:lō Cultural Heritage experts had not been able to meet with Trans Mountain to participate in Lightning Rock management plans since September 2015. This was a source of great frustration.

[699] The Stó:lō suggested that the Board's conditions should specifically list the Indigenous groups Trans Mountain was required to deal with instead of the generic "potentially affected Aboriginal groups" referenced in the Board's current conditions.

[700] The Stó:lō also requested that they be involved in selecting the Aboriginal monitors working within their territory as contemplated by the Board's conditions. For example, Condition 98 required Trans Mountain to file a plan describing participation by "Aboriginal groups" in monitoring construction of the Project. Stó:lō wanted to ensure these monitors were sufficiently knowledgeable about issues of importance to the Stó:lō.

[701] The September 23, 2016, meeting notes do not indicate any response or meaningful dialogue on the part of the Crown consultation team in response to any of Stó:lō's concerns and suggestions.

[702] Interestingly, at the November 16, 2016, consultation meeting with Upper Nicola, the last of the consultation meetings and the only consultation meeting held after Canada provided the second draft of the Crown Consultation Report setting out Canada's assessment of the Project's impacts, the Crown consultation lead explained:

... "potentially affected Aboriginal groups" has been noted by many Aboriginal groups as too vague in the recommended conditions, and this phrase is repeated throughout the 157 conditions. Makes reference to how the Crown's consultation and accommodation report does address specific Aboriginal groups. Discussed another point on the [Board] condition for "Aboriginal monitors"—where communities would not [*sic*] want locally knowledgeable Aboriginal people to fulfil this role and not someone from farther afield.

[703] Notwithstanding apparently widespread concern about the Board's generic use of the phrase "potentially affected Aboriginal groups" and the need for locally-selected Indigenous monitors, and despite Canada's ability to add new conditions that would impose the desired specificity, Canada failed to meaningfully consider such accommodation.

[704] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office purported to respond to two of Stó:lō's concerns in their letter of November 28, 2016, to the Stó:lō: the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[705] The Crown "acknowledges the Stó:lō Collective's view that the [Board] and the proponent overlooked traditional knowledge within the development of the [Board] conditions

and Project design.” The Crown discusses these issues in Sections III and IV of the Stó:lō Collective appendix (pages 13, 29 and 30 respectively).

[706] I deal with the Stó:lō appendix beginning at paragraph 712 below. As explained below, the Stó:lō appendix does not deal meaningfully with the concerns about Traditional Ecological Knowledge and sites of cultural importance.

[707] The Crown made two more points independent of the Stó:lō Collective appendix. First, it expressed its understanding that the Stó:lō could trigger a detailed route hearing. Second, it encouraged the Stó:lō Collective to continue discussions with the proponent.

[708] In connection with the detailed route hearing, the Crown advised that “[w]ithin the scope of such a hearing exists the potential for the right-of-way to move locations.” There are three points to make about this response. First, as explained above at paragraphs 380 to 384, at a detailed route hearing the right of way may only move within the approved pipeline corridor, otherwise an application must be made to vary the pipeline corridor; second, the onus at a detailed route hearing is on the person requesting the alteration; and, third, Canada failed to consider its ability to impose additional conditions, likely because it was operating under the erroneous view it could not. The ability to trigger a detailed route hearing provided no certainty about how potential adverse effects to areas of significant importance to the Stó:lō would be dealt with. This was not a meaningful response on Canada’s part.

[709] As to the Crown's suggestion that the Stó:lō Collective continue its discussions with the proponent, no explanation is given as to why this was believed to be an appropriate response to the concerns of the Stó:lō in light of the information they had provided as to the proponent's unwillingness to deal directly with them on a timely basis, or in some cases, at all.

[710] The November 28, 2016, letter also referenced the four accommodation measures the Stó:lō requested in their two-page submission to the Governor in Council. The first asked for a condition to "outline and identify specifics regarding Trans Mountain's collaboration with and resourcing of the Stó:lō Collective to update construction alignment sheets and EPPs to reflect information provided in the Integrated Cultural Assessment" (March 2014). The Stó:lō were told "The recommendations included in the Stó:lō Collective's two-page submission of November 17, 2016 will be provided directly to federal and provincial decision makers."

[711] Leaving aside the point that the letter was sent the day before the Project was approved, none of this is responsive, meaningful, two-way dialogue that the Supreme Court requires as part of the fulfillment of the duty to consult.

[712] Nor is any meaningful response provided in the Stó:lō appendix to the Crown Consultation Report. This is illustrated by the following two examples. First, while the appendix recites that the Stó:lō Collective recommended 89 actions that would assist Trans Mountain to avoid or mitigate adverse effects on their Aboriginal Interests there is no discussion or indication that Canada seriously considered implementing any of the 89 recommended actions, and no explanation as to why Canada did not consider implementing any Stó:lō specific

recommendation as an accommodation or mitigation measure. Second, while the appendix acknowledges that the Stó:lō provided examples of Traditional Ecological Knowledge which they felt the proponent and the Board ignored in the Project design, environmental assessment and mitigation planning, no analysis or response to the concern is given.

[713] In the portion of the appendix that deals with Canada's assessment of the Project's impacts on the Stó:lō, the Crown relies on the conclusions of the Board to find that the impacts of the Project would be up to minor-to-moderate. Thus, for instance, the appendix repeats the Board's conclusion that if the Project is approved, the Board conditions would either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects associated with hunting, trapping and gathering. In an attempt to deal with the specific concerns raised by the Stó:lō about the adequacy of the Board's report and its conditions, the appendix recites that:

... the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects to species important for the Stó:lō Collective's hunting, trapping, and plant gathering activities. The proponent is committed to minimizing the Project footprint to the maximum extent feasible, and all sensitive resources identified on the Environmental Alignment Sheets and environmental tables within the immediate vicinity of the [right-of-way] will be clearly marked before the start of clearing.

[714] While the second draft of the Crown Consultation Report was revised to reference the plant gathering sites identified by Stó:lō in the ICA and in the April and October consultation meetings, Canada continued to rely upon the Board's findings without explaining, for example, how the Board's finding that "Trans Mountain adequately considered all the information provided on the record by Aboriginal groups regarding their traditional uses and activities." (report, page 278) was reliable in the face of the information contained in the ICA.

[715] Nor does Canada explain the source of its confidence in the proponent's commitments in light of the concerns expressed by the Stó:lō that Trans Mountain had failed to follow through on its existing commitments and that without further conditions Stó:lō feared the proponent would not follow through with its commitments to the Board.

[716] With respect to the Stó:lō's concerns about a Project staging area at Lightning Rock, the appendix noted that Lightning Rock was protected by Board Condition 77 which required the proponent to file with the Board an archaeological and cultural heritage field investigation undertaken to assess the potential impacts of Project construction and operations on the Lightning Rock site. The appendix goes on to note that:

However, given that this is a sacred site with burial mounds, Stó:lō Collective have noted that any Project routing through this area is inappropriate given the need to preserve the cultural integrity of the site and the surrounding area. For the Stó:lō Collective, the site surrounding Lightning Rock should be a "no go" area for the Project.

[717] However, Stó:lō's position that Lightning Rock should be a "no go" area is left unresolved and uncommented upon by Canada.

[718] Another Stó:lō concern detailed by Canada in the appendix, but unaddressed, is the concern of the Stó:lō Collective that the locations of various other culturally important sites do not appear on Trans Mountain's detailed alignment sheets. Examples of such sites include bathing sites within the 150 metre pipeline right-of-way alignment at Bridal Veil Falls, and an ancient pit house located within the pipeline right-of-way. None of these sites are the subject of any Board condition.

[719] The appendix recites Canada's conclusion on these concerns of the Stó:lō as follows:

With regards to specific risk concerns raised by the Stó:lō Collective, the proponent would implement several mitigation measures to reduce potential effects on physical and cultural heritage resources important for the Stó:lō Collective's traditional and cultural practices. The proponent has also committed to reduce potential disturbance to community assets and events by implementing several measures that include avoiding important community features and assets during [right-of-way] finalization, narrowing the [right-of-way] in select areas, scheduling construction to avoid important community events where possible, communication of construction schedules and plans with community officials, and other ongoing consultation and engagement with local and Aboriginal governments.

[720] This is not meaningful, two-way dialogue in response to Stó:lō's real and valid concerns about matters of vital importance to the Stó:lō.

[721] Canada adopts a similar approach to its assessment of the Project's impact on freshwater fishing and marine fishing and harvesting at pages 24 to 27 of the Stó:lō appendix.

[722] The section begins by acknowledging the Stó:lō's deeply established connection to fishing and marine harvesting "which are core to Stó:lō cultural activities and tradition, subsistence and economic purposes."

[723] After summarizing each concern raised by the Stó:lō, Canada responds by adopting the Board's conclusions that the Project's impact will be low-to-moderate and that Board conditions will either directly or indirectly avoid or reduce potential environmental effects on fishing activities.

[724] In the course of this review Canada acknowledges the Board's finding that "Project-related activities could result in low to moderate magnitude effects on freshwater and marine fish and fish habitat, surface water and marine water quality." Appendix 12 to the Board report defines a moderate impact to be one that, among other things, noticeably affects the resource involved.

[725] Canada also acknowledges that during the operational life of the Project fishing and harvesting activities directly affected by the construction and operation of the Westridge Marine Terminal would not occur within the expanded water lease boundaries.

[726] Further, impacts on navigation, specifically in eastern Burrard Inlet, would exist for the lifetime of the Project, and would occur on a daily basis. Project-related marine vessels also would cause temporary disruption to the Stó:lō Collective's marine fishing and harvesting activities. These disruptions are said "likely to be temporary when accessing fishing sites in the Burrard Inlet that require crossing shipping lanes, as community members would be able to continue their movements shortly after the tanker passes." This too would occur on a daily basis if the Westridge Marine Terminal were to serve 34 Aframax tankers per month.

[727] Missing however from Canada's consultation analysis is any mention of the Stó:lō's constitutionally protected right to fish, and how that constitutionally protected right was taken into account by Canada. Also missing is any explanation as to how the consultation process affected the Crown's ultimate assessment of the impact of the Project on the Stó:lō. Meaningful

consultation required something more than simply repeating the Board's findings and conditions without grappling with the specific concerns raised by the Stó:lō about those same findings.

e. The experience of Upper Nicola

[728] Throughout the consultation process, Upper Nicola raised the issue of the Project's impact on Upper Nicola's asserted title and rights. The issue was raised at the consultation meetings of March 31, 2016, and May 3, 2016, but no meaningful dialogue took place. Canada's representatives advised at the March meeting that until the Board released its report Canada did not know how the Project could impact the environment and Upper Nicola's interests and so could not "yet extrapolate to how those changes could impact [Upper Nicola's] Aboriginal rights and title interests."

[729] The issue was raised again, after the release of the Board's report, at the consultation meeting of September 22, 2016. Upper Nicola expressed its disagreement with Canada's assertion in the first draft of the Crown Consultation Report that potential impacts on its title claim for the pipeline right-of-way included temporary impacts related to construction, and longer-term impacts associated with Project operation. In Upper Nicola's view, construction did not have a temporary impact on its claim to title. Upper Nicola also stated that Canada had examined the Project's impact on title without considering impacts on governance and management, and concerns related to title, such as land and water issues. The meeting notes do not record any response to these concerns.

[730] Nor did Canada respond meaningfully to Upper Nicola's position that the Project would render 16,000 hectares of land unusable or inaccessible for traditional activities. Upper Nicola viewed this to constitute a significant impact that required accommodation of their rights to stewardship, use and governance of the land and water. Canada's response was to acknowledge a letter sent to the Prime Minister in which numerous Indigenous groups had proposed a mitigation measure to ensure they would have a more active role in monitoring and stewardship of the Project. Canada stated that it saw merit in the proposal and that a response to the letter would be forthcoming.

[731] On November 18, 2016, Upper Nicola wrote to the Crown consultation lead to highlight its key, ongoing concerns with the Project and the consultation process. With respect to title, Upper Nicola wrote:

There were areas which the Crown has determined that we have a strong prima facie claim to Aboriginal title and rights. The Crown must therefore acknowledge the significant impacts and infringements of the Project to Upper Nicola/Syilx Title and Rights, including the incidents of Aboriginal title which include: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land and adequately accommodate these impacts, concerns and infringements. This has not yet been done.

(underlining added)

[732] Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office wrote to Upper Nicola on November 28, 2016, the day before the Project was approved, to respond to the issues raised by Upper Nicola. The only reference to Upper Nicola's asserted title is this brief reference:

Impacts and Mitigation: In response to comments received, the Crown has reviewed its analysis and discussion in the Consultation and Accommodation Report on the direct and indirect impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's rights and other interests. In addition, Upper Nicola identified that the study titled "Upper Nicola Band Traditional Use and Occupancy Study for the Kingsvale Transmission Line in Support of the Trans Mountain Expansion Project" (Kingsvale TUOS) had not been specifically referenced in the Syilx (Okanagan) Nation appendix. Upper Nicola resent the Kingsvale TUOS to the Crown on Friday, November 18 and in response to this information, the Crown reviewed the Kingsvale TUOS, summarized the study's findings in Syilx (Okanagan) Nation's appendix, and considered how this information changes the expected impacts of the Project on Syilx (Okanagan) Nation's Aboriginal rights and title. As a result, conclusions were revised upward for Project impacts on Syilx (Okanagan) Nation's freshwater fishing activities, other traditional and cultural activities, as well as potential impacts on Aboriginal title.

(underlining added)

[733] No response was made to the request to acknowledge the Project's impacts and infringement of Upper Nicola's asserted title and rights.

[734] In the Upper Nicola appendix, Canada acknowledged that the Project would be located within an area of Syilx Nation's asserted traditional territory where Syilx Nation was assessed to have a strong *prima facie* claim to Aboriginal title and rights. Canada then asserted the Project to have "minor-to-moderate impact on Syilx Nation's asserted Aboriginal title to the proposed Project area." Canada did not address Upper Nicola's governance or title rights in any detail. Canada did refer to section 4.3.5 of the Crown Consultation Report but this section simply reiterates the Board's findings and conditions and the requirement that the proponent continue consultation "with potentially affected Aboriginal groups".

[735] Missing is any explanation as to why moderate impacts to title required no accommodation beyond the environmental mitigation measures recommended by the Board—mitigation measures that were generic and not specific to Upper Nicola.

[736] Throughout Phase III, Upper Nicola had proposed numerous potential mitigation measures and had requested accommodation related to stewardship, use and governance of the water. No response was given as to why Canada rejected this request. This was not meaningful, two-way dialogue or reasonable consultation.

f. The experience of SSN

[737] Canada met with SSN twice during Phase III. At the first meeting, on August 3, 2016, SSN expressed the desire to have consultation go beyond the environmental assessment process which they felt was insufficient to tackle the issues that affected their territory. SSN sought to move forward on a nation to nation basis and wished to formalize a nation to nation consultation protocol using the Project as a starting point for further consultation.

[738] In response, Canada and representatives of British Columbia asked that the SSN be prepared to review a draft memorandum of understanding for consultation about the Project (affidavit of Jeanette Jules, paragraph 70).

[739] The meeting notes reflect that at the first meeting on August 3, 2016, SSN also raised as accommodation or mitigation measures that: the Project conditions be more specific with respect to safety and emergency preparedness response, warning notifications to communities and

opportunities for training; and, that there be provision for both a spillage fee and a revenue tax imposed on the proponent for the benefit of SSN. The meeting notes do not reflect any dialogue or response from Canada to these proposals.

[740] On September 9, 2016, the Crown consultation lead sent a two-page draft memorandum of understanding to the SSN (two pages not including the signature page).

[741] At the second and last meeting on October 6, 2016, the SSN advised that they desired the proponent to submit to a review of the Project by the SSN, but that the proponent was unwilling to undergo another review. The SSN also repeated their desire for the federal and provincial Crowns to allow SSN to impose a resource development tax on proponents whose projects are located in the SSN's traditional territory. In response, the Crown raised the difficulty in implementing the tax and having the Project undergo assessment by the SSN before the mandated decision deadline of December 19, 2016.

[742] At this meeting Canada sought comments on the draft memorandum of understanding. Jeanette Jules, a counsellor with the Kamloops Indian Band swore in an affidavit filed in support of SSN's application for judicial review that:

At [the October 6, 2016] meeting, the majority of the time was spent on discussing the content of the [memorandum of understanding], that is, what would engagement with the Crowns on the Project look like. We did not spend any time discussing the routing of the pipeline Project at Pipsell or SSN's concerns about the taking up of new land in the Lac du Bois Grasslands Protected area, although I did voice concerns about those issues again at that meeting. At the end of the meeting, the Crowns committed to revising the [memorandum of understanding] and to setting up another meeting to discuss it with us.

(underlining added)

[743] The meeting notes state that toward the end of the meeting SSN expressed the desire to have a terrestrial spill response centre stationed in their reserve. SSN contemplated that funding for the centre should be raised through a per-barrel spillage fee charged on product flowing through the pipeline.

[744] Thereafter, no memorandum of understanding was finalized and no further meetings took place between Canada and the SSN. Ms. Jules swears that:

I fully expected that between our last meeting with Canada and the Province of BC and the [Governor in Council] decision to approve the Project, we would come to an agreement on the terms of a [memorandum of understanding] and have had meaningful engagement with the Crowns about pipeline routing and SSN's other concerns raised in its final argument.

[745] Ms. Jules was not cross-examined on her affidavit.

[746] In the November 28, 2016, letter sent to the SSN by Canada and the British Columbia Environmental Assessment Office they wrote:

We also would like to take this opportunity to provide you with additional information or responses to concerns that Stk'emlúps te Secwèpemc Nation has raised with the Crown.

At the October 6, 2016 meeting with SSN, in addition to reiterating SSN's plan on undertaking its own assessment of the project, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory, and that SSN wants the federal and provincial Crown's to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented. These proposals have been added to the SSN specific appendix for consideration by decision makers.

[747] This is not a meaningful response to the proposals made by the SSN. The only response made to the resource development tax during the consultation meetings was the difficulty this

would pose to meeting Canada's decision deadline (notwithstanding that SSN had sought consultation on a broader basis than the Project—the Project was contemplated by SSN to be a starting point).

[748] The SSN appendix to the Crown Consultation Report faithfully records SSN's concerns about the review process, noting, in part, that:

SSN stated that the [Board] hearing process is an inappropriate forum for assessing impacts to their Aboriginal rights. SSN also expressed concern about the [Board] process' legislated timelines and the way these timelines were unilaterally imposed on them. SSN considers this timeline extremely restrictive and does not believe it affords SSN sufficient time to review the application and participate meaningfully in the review process. SSN has stated that their ability to participate in the process is further hampered by a lack of capacity funding from either the [Board] or the Crown. SSN has expressed a view that related regulatory (i.e. permitting) processes are not well-coordinated, which they believe results in an incomplete sharing of potential effects to SSN Interests. They refer to the perceived disconnected process between the proposed Project and proposed Ajax Mine application review. SSN are not satisfied with the current crown engagement model and the lack of addressing SSN's needs for a nation-to-nation dialogue about their concerns and interests, and have proposed that the Crown develop a [memorandum of understanding] to address these issues and provide a framework for the dialogue moving forward.

...

SSN have requested Nation-to-Nation engagement related to the broader issue of land management and decision making within their territory. SSN requested a consultation protocol agreement be developed, starting with a [memorandum of understanding] for Nation-to-Nation consultation, which would take the form of a trilateral agreement between SSN, BC and Canada. SSN recommended a framework of sustainable Crown funding to participate in the [memorandum of understanding] process, leading to a sustainable funding model to support ongoing land use management within SSN's territory.

At the October 6, 2016 meeting, SSN outlined a proposal for an SSN resource development tax that they charge directly to proponents whose projects are in their traditional territory. SSN wants the federal and provincial Crown's [*sic*] to make the jurisdictional room necessary for the tax to be implemented.

(underlining added)

[749] Missing from the appendix is any advice to the Governor in Council that Canada committed to providing a draft memorandum of understanding to SSN and any advice about the status of the memorandum of understanding. Also missing is any indication of what, if any, impact this had on Canada's view of the consultation process.

[750] In the SSN appendix Canada acknowledged that "the Project would be located within an area of Tk'emlúps te Secwe'pemc and Skeetchestn's traditional territory assessed as having a strong *prima facie* claim to Aboriginal title". Canada had also assessed its duty to consult SSN as being at the deeper end of the consultation spectrum.

[751] Notwithstanding, Canada did not provide any meaningful response to SSN's proposed mitigation measures, and conducted no meaningful, two-way dialogue about SSN's concerns documented on pages 3 to 7 of the SSN appendix.

[752] This was not reasonable consultation as required by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada.

(vii) Conclusion on Canada's execution of the consultation process

[753] As explained above at paragraphs 513 to 549, the consultation framework selected by Canada was reasonable and sufficient. If Canada properly executed it, Canada would have discharged its duty to consult.

[754] However, based on the totality of the evidence I conclude that Canada failed in Phase III to engage, dialogue meaningfully and grapple with the concerns expressed to it in good faith by the Indigenous applicants so as to explore possible accommodation of these concerns.

[755] Certainly Canada's consultation team worked in good faith and assiduously to understand and document the concerns of the Indigenous applicants and to report those concerns to the Governor in Council in the Crown Consultation Report. That part of the Phase III consultation was reasonable.

[756] However, as the above review shows, missing was a genuine and sustained effort to pursue meaningful, two-way dialogue. Very few responses were provided by Canada's representatives in the consultation meetings. When a response was provided it was brief, and did not further two-way dialogue. Too often the response was that the consultation team would put the concerns before the decision-makers for consideration.

[757] Where responses were provided in writing, either in letters or in the Crown Consultation Report or its appendices, the responses were generic. There was no indication that serious consideration was given to whether any of the Board's findings were unreasonable or wrong. Nor was there any indication that serious consideration was given to amending or supplementing the Board's recommended conditions.

[758] Canada acknowledged it owed a duty of deep consultation to each Indigenous applicant. More was required of Canada.

[759] The inadequacies of the consultation process flowed from the limited execution of the mandate of the Crown consultation team. Missing was someone representing Canada who could engage interactively. Someone with the confidence of Cabinet who could discuss, at least in principle, required accommodation measures, possible flaws in the Board's process, findings and recommendations and how those flaws could be addressed.

[760] The inadequacies of the consultation process also flowed from Canada's unwillingness to meaningfully discuss and consider possible flaws in the Board's findings and recommendations and its erroneous view that it could not supplement or impose additional conditions on Trans Mountain.

[761] These three systemic limitations were then exacerbated by Canada's late disclosure of its assessment that the Project did not have a high level of impact on the exercise of the applicants' "Aboriginal Interests" and its related failure to provide more time to respond so that all Indigenous groups could contribute detailed comments on the second draft of the Crown Consultation Report.

[762] Canada is not to be held to a standard of perfection in fulfilling its duty to consult. However, the flaws discussed above thwarted meaningful, two-way dialogue. The result was an unreasonable consultation process that fell well short of the required mark.

[763] The Project is large and presented genuine challenges to Canada's effort to fulfil its duty to consult. The evaluation of Canada's fulfillment of its duty must take this into account.

However, in largest part the concerns of the Indigenous applicants were quite specific and focussed and thus quite easy to discuss, grapple with and respond to. Had Canada's representatives met with each of the Indigenous applicants immediately following the release of the Board's report, and had Canada's representatives executed a mandate to engage and dialogue meaningfully, Canada could well have fulfilled the duty to consult by the mandated December 19, 2016 deadline.

E. Remedy

[764] In these reasons I have concluded that the Board failed to comply with its statutory obligation to scope and assess the Project so as to provide the Governor in Council with a “report” that permitted the Governor in Council to make its decision whether to approve the Project. The Board unjustifiably excluded Project-related shipping from the Project's definition.

[765] This exclusion of Project-related shipping from the Project's definition permitted the Board to conclude that section 79 of the *Species at Risk Act* did not apply to its consideration of the effects of Project-related shipping. Having concluded that section 79 did not apply, the Board was then able to conclude that, notwithstanding its conclusion that the operation of Project-related vessels is likely to result in significant adverse effects to the Southern resident killer whale, the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects.

[766] This finding—that the Project was not likely to cause significant adverse environmental effects—was central to its report. The unjustified failure to assess the effects of Project-related shipping under the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and the resulting flawed

conclusion about the environmental effects of the Project was critical to the decision of the Governor in Council. With such a flawed report before it, the Governor in Council could not legally make the kind of assessment of the Project's environmental effects and the public interest that the legislation requires.

[767] I have also concluded that Canada did not fulfil its duty to consult with and, if necessary, accommodate the Indigenous applicants.

[768] It follows that Order in Council P.C. 2016-1069 should be quashed, rendering the certificate of public convenience and necessity approving the construction and operation of the Project a nullity. The issue of Project approval should be remitted to the Governor in Council for prompt redetermination.

[769] In that redetermination the Governor in Council must refer the Board's recommendations and its terms and conditions back to the Board, or its successor, for reconsideration. Pursuant to section 53 of the *National Energy Board Act*, the Governor in Council may direct the Board to conduct that reconsideration taking into account any factor specified by the Governor in Council. As well, the Governor in Council may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

[770] Specifically, the Board ought to reconsider on a principled basis whether Project-related shipping is incidental to the Project, the application of section 79 of the *Species at Risk Act* to Project-related shipping, the Board's environmental assessment of the Project in the light of the

Project's definition, the Board's recommendation under subsection 29(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* and any other matter the Governor in Council should consider appropriate.

[771] Further, Canada must re-do its Phase III consultation. Only after that consultation is completed and any accommodation made can the Project be put before the Governor in Council for approval.

[772] As mentioned above, the concerns of the Indigenous applicants, communicated to Canada, are specific and focussed. This means that the dialogue Canada must engage in can also be specific and focussed. This may serve to make the corrected consultation process brief and efficient while ensuring it is meaningful. The end result may be a short delay, but, through possible accommodation the corrected consultation may further the objective of reconciliation with Indigenous peoples.

F. Proposed Disposition

[773] For these reasons I would dismiss the applications for judicial review of the Board's report in Court Dockets A-232-16, A-225-16, A-224-16, A-217-16, A-223-16 and A-218-16.

[774] I would allow the applications for judicial review of the Order in Council P.C. 2016-1069 in Court Dockets A-78-17, A-75-17, A-77-17, A-76-17, A-86-17, A-74-17, A-68-17 and A-84-17, quash the Order in Council and remit the matter to the Governor in Council for prompt redetermination.

[775] The issue of costs is reserved. If the parties are unable to agree on costs they may make submissions in writing, such submissions not to exceed five pages.

[776] Counsel are thanked for the assistance they have provided to the Court.

“Eleanor R. Dawson”

J.A.

“I agree.

Yves de Montigny J.A.”

“I agree.

Judith Woods J.A.”

APPENDIX**National Energy Board Act, R.S.C. 1985, c. N-7**

52 (1) If the Board is of the opinion that an application for a certificate in respect of a pipeline is complete, it shall prepare and submit to the Minister, and make public, a report setting out

(a) its recommendation as to whether or not the certificate should be issued for all or any portion of the pipeline, taking into account whether the pipeline is and will be required by the present and future public convenience and necessity, and the reasons for that recommendation; and

(b) regardless of the recommendation that the Board makes, all the terms and conditions that it considers necessary or desirable in the public interest to which the certificate will be subject if the Governor in Council were to direct the Board to issue the certificate, including terms or conditions relating to when the certificate or portions or provisions of it are to come into force.

(2) In making its recommendation, the Board shall have regard to all considerations that appear to it to be directly related to the pipeline and to be relevant, and may have regard to the following:

(a) the availability of oil, gas or any other commodity to the pipeline;

(b) the existence of markets, actual or potential;

(c) the economic feasibility of the

52 (1) S'il estime qu'une demande de certificat visant un pipeline est complète, l'Office établit et présente au ministre un rapport, qu'il doit rendre public, où figurent :

a) sa recommandation motivée à savoir si le certificat devrait être délivré ou non relativement à tout ou partie du pipeline, compte tenu du caractère d'utilité publique, tant pour le présent que pour le futur, du pipeline;

b) quelle que soit sa recommandation, toutes les conditions qu'il estime utiles, dans l'intérêt public, de rattacher au certificat si le gouverneur en conseil donne instruction à l'Office de le délivrer, notamment des conditions quant à la prise d'effet de tout ou partie du certificat.

(2) En faisant sa recommandation, l'Office tient compte de tous les facteurs qu'il estime directement liés au pipeline et pertinents, et peut tenir compte de ce qui suit :

a) l'approvisionnement du pipeline en pétrole, gaz ou autre produit;

b) l'existence de marchés, réels ou potentiels;

c) la faisabilité économique du

pipeline;

(d) the financial responsibility and financial structure of the applicant, the methods of financing the pipeline and the extent to which Canadians will have an opportunity to participate in the financing, engineering and construction of the pipeline; and

(e) any public interest that in the Board's opinion may be affected by the issuance of the certificate or the dismissal of the application.

(3) If the application relates to a designated project within the meaning of section 2 of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, the report must also set out the Board's environmental assessment prepared under that Act in respect of that project.

(4) The report must be submitted to the Minister within the time limit specified by the Chairperson. The specified time limit must be no longer than 15 months after the day on which the applicant has, in the Board's opinion, provided a complete application. The Board shall make the time limit public.

(5) If the Board requires the applicant to provide information or undertake a study with respect to the pipeline and the Board, with the Chairperson's approval, states publicly that this subsection applies, the period that is taken by the applicant to comply with the requirement is not included in the calculation of the time limit.

(6) The Board shall make public the

pipeline;

(d) la responsabilité et la structure financières du demandeur et les méthodes de financement du pipeline ainsi que la mesure dans laquelle les Canadiens auront la possibilité de participer au financement, à l'ingénierie ainsi qu'à la construction du pipeline;

(e) les conséquences sur l'intérêt public que peut, à son avis, avoir la délivrance du certificat ou le rejet de la demande.

(3) Si la demande vise un projet désigné au sens de l'article 2 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, le rapport contient aussi l'évaluation environnementale de ce projet établi par l'Office sous le régime de cette loi.

(4) Le rapport est présenté dans le délai fixé par le président. Ce délai ne peut excéder quinze mois suivant la date où le demandeur a, de l'avis de l'Office, complété la demande. Le délai est rendu public par l'Office.

(5) Si l'Office exige du demandeur, relativement au pipeline, la communication de renseignements ou la réalisation d'études et déclare publiquement, avec l'approbation du président, que le présent paragraphe s'applique, la période prise par le demandeur pour remplir l'exigence n'est pas comprise dans le calcul du délai.

(6) L'Office rend publiques, sans

- dates of the beginning and ending of the period referred to in subsection (5) as soon as each of them is known.
- délai, la date où commence la période visée au paragraphe (5) et celle où elle se termine.
- (7) The Minister may, by order, extend the time limit by a maximum of three months. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, further extend the time limit by any additional period or periods of time.
- (7) Le ministre peut, par arrêté, proroger le délai pour un maximum de trois mois. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, accorder une ou plusieurs prorogations supplémentaires.
- (8) To ensure that the report is prepared and submitted in a timely manner, the Minister may, by order, issue a directive to the Chairperson that requires the Chairperson to
- (8) Afin que le rapport soit établi et présenté en temps opportun, le ministre peut, par arrêté, donner au président instruction :
- (a) specify under subsection (4) a time limit that is the same as the one specified by the Minister in the order;
- a) de fixer, en vertu du paragraphe (4), un délai identique à celui indiqué dans l'arrêté;
- (b) issue a directive under subsection 6(2.1), or take any measure under subsection 6(2.2), that is set out in the order; or
- b) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), les instructions qui figurent dans l'arrêté, ou de prendre, en vertu du paragraphe 6(2.2), les mesures qui figurent dans l'arrêté;
- (c) issue a directive under subsection 6(2.1) that addresses a matter set out in the order.
- c) de donner, en vertu du paragraphe 6(2.1), des instructions portant sur une question précisée dans l'arrêté.
- (9) Orders made under subsection (7) are binding on the Board and those made under subsection (8) are binding on the Chairperson.
- (9) Les décrets et arrêtés pris en vertu du paragraphe (7) lient l'Office et les arrêtés pris en vertu du paragraphe (8) lient le président.
- (10) A copy of each order made under subsection (8) must be published in the *Canada Gazette* within 15 days after it is made.
- (10) Une copie de l'arrêté pris en vertu du paragraphe (8) est publiée dans la *Gazette du Canada* dans les quinze jours de sa prise.
- (11) Subject to sections 53 and 54, the Board's report is final and conclusive.
- (11) Sous réserve des articles 53 et 54, le rapport de l'Office est définitif et sans appel.
- 53 (1) After the Board has submitted its report under section 52, the
- 53 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en vertu de l'article 52, le

Governor in Council may, by order, refer the recommendation, or any of the terms and conditions, set out in the report back to the Board for reconsideration.

(2) The order may direct the Board to conduct the reconsideration taking into account any factor specified in the order and it may specify a time limit within which the Board shall complete its reconsideration.

...

54 (1) After the Board has submitted its report under section 52 or 53, the Governor in Council may, by order,

(a) direct the Board to issue a certificate in respect of the pipeline or any part of it and to make the certificate subject to the terms and conditions set out in the report; or

(b) direct the Board to dismiss the application for a certificate.

(2) The order must set out the reasons for making the order.

(3) The order must be made within three months after the Board's report under section 52 is submitted to the Minister. The Governor in Council may, on the recommendation of the Minister, by order, extend that time limit by any additional period or periods of time. If the Governor in Council makes an order under subsection 53(1) or (9), the period that is taken by the Board to complete its reconsideration and to report to the Minister is not to be included in the calculation of the time limit.

(4) Every order made under subsection

gouverneur en conseil peut, par décret, renvoyer la recommandation ou toute condition figurant au rapport à l'Office pour réexamen.

(2) Le décret peut préciser tout facteur dont l'Office doit tenir compte dans le cadre du réexamen ainsi que le délai pour l'effectuer.

...

54 (1) Une fois que l'Office a présenté son rapport en application des articles 52 ou 53, le gouverneur en conseil peut, par décret :

a) donner à l'Office instruction de délivrer un certificat à l'égard du pipeline ou d'une partie de celui-ci et de l'assortir des conditions figurant dans le rapport;

b) donner à l'Office instruction de rejeter la demande de certificat.

(2) Le gouverneur en conseil énonce, dans le décret, les motifs de celui-ci.

(3) Le décret est pris dans les trois mois suivant la remise, au titre de l'article 52, du rapport au ministre. Le gouverneur en conseil peut, par décret pris sur la recommandation du ministre, proroger ce délai une ou plusieurs fois. Dans le cas où le gouverneur en conseil prend un décret en vertu des paragraphes 53(1) ou (9), la période que prend l'Office pour effectuer le réexamen et faire rapport n'est pas comprise dans le calcul du délai imposé pour prendre le décret.

(4) Les décrets pris en vertu des

- | | |
|--|--|
| (1) or (3) is final and conclusive and is binding on the Board. | paragraphes (1) ou (3) sont définitifs et sans appel et lient l'Office. |
| (5) The Board shall comply with the order made under subsection (1) within seven days after the day on which it is made. | (5) L'Office est tenu de se conformer au décret pris en vertu du paragraphe (1) dans les sept jours suivant sa prise. |
| (6) A copy of the order made under subsection (1) must be published in the Canada Gazette within 15 days after it is made. | (6) Une copie du décret pris en vertu du paragraphe (1) est publiée dans la Gazette du Canada dans les quinze jours de sa prise. |

Canadian Environmental Assessment Act, 2012, S.C. 2012, c. 19, s.52

- | | |
|--|--|
| 2(1) designated project means one or more physical activities that | 2(1) projet désigné Une ou plusieurs activités concrètes : |
| (a) are carried out in Canada or on federal lands; | a) exercées au Canada ou sur un territoire domanial; |
| (b) are designated by regulations made under paragraph 84(a) or designated in an order made by the Minister under subsection 14(2); and | b) désignées soit par règlement pris en vertu de l'alinéa 84a), soit par arrêté pris par le ministre en vertu du paragraphe 14(2); |
| (c) are linked to the same federal authority as specified in those regulations or that order. | c) liées à la même autorité fédérale selon ce qui est précisé dans ce règlement ou cet arrêté. |
| It includes any physical activity that is incidental to those physical activities. | Sont comprises les activités concrètes qui leur sont accessoires. |
| ... | ... |
| 5 (1) For the purposes of this Act, the environmental effects that are to be taken into account in relation to an act or thing, a physical activity, a designated project or a project are | 5 (1) Pour l'application de la présente loi, les effets environnementaux qui sont en cause à l'égard d'une mesure, d'une activité concrète, d'un projet désigné ou d'un projet sont les suivants : |
| (a) a change that may be caused to the following components of the environment that are within the | a) les changements qui risquent d'être causés aux composantes ci-après de l'environnement qui relèvent de la |

legislative authority of Parliament:	compétence législative du Parlement :
(i) fish and fish habitat as defined in subsection 2(1) of the <i>Fisheries Act</i> ,	(i) les poissons et leur habitat, au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur les pêches</i> ,
(ii) aquatic species as defined in subsection 2(1) of the <i>Species at Risk Act</i> ,	(ii) les espèces aquatiques au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur les espèces en péril</i> ,
(iii) migratory birds as defined in subsection 2(1) of the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i> , and	(iii) les oiseaux migrateurs au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i> ,
(iv) any other component of the environment that is set out in Schedule 2;	(iv) toute autre composante de l'environnement mentionnée à l'annexe 2;
(b) a change that may be caused to the environment that would occur	b) les changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :
(i) on federal lands,	(i) sur le territoire domanial,
(ii) in a province other than the one in which the act or thing is done or where the physical activity, the designated project or the project is being carried out, or	(ii) dans une province autre que celle dans laquelle la mesure est prise, l'activité est exercée ou le projet désigné ou le projet est réalisé,
(iii) outside Canada; and	(iii) à l'étranger;
(c) with respect to aboriginal peoples, an effect occurring in Canada of any change that may be caused to the environment on	c) s'agissant des peuples autochtones, les répercussions au Canada des changements qui risquent d'être causés à l'environnement, selon le cas :
(i) health and socio-economic conditions,	(i) en matière sanitaire et socio-économique,
(ii) physical and cultural heritage,	(ii) sur le patrimoine naturel et le patrimoine culturel,
(iii) the current use of lands and resources for traditional purposes, or	(iii) sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles,

(iv) any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance.

(iv) sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance sur le plan historique, archéologique, paléontologique ou architectural.

...

...

19 (1) The environmental assessment of a designated project must take into account the following factors:

19 (1) L'évaluation environnementale d'un projet désigné prend en compte les éléments suivants :

(a) the environmental effects of the designated project, including the environmental effects of malfunctions or accidents that may occur in connection with the designated project and any cumulative environmental effects that are likely to result from the designated project in combination with other physical activities that have been or will be carried out;

a) les effets environnementaux du projet, y compris ceux causés par les accidents ou défaillances pouvant en résulter, et les effets cumulatifs que sa réalisation, combinée à celle d'autres activités concrètes, passées ou futures, est susceptible de causer à l'environnement;

(b) the significance of the effects referred to in paragraph (a);

b) l'importance des effets visés à l'alinéa a);

(c) comments from the public — or, with respect to a designated project that requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the *National Energy Board Act*, any interested party — that are received in accordance with this Act;

c) les observations du public — ou, s'agissant d'un projet dont la réalisation requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, des parties intéressées — reçues conformément à la présente loi;

(d) mitigation measures that are technically and economically feasible and that would mitigate any significant adverse environmental effects of the designated project;

d) les mesures d'atténuation réalisables, sur les plans technique et économique, des effets environnementaux négatifs importants du projet;

(e) the requirements of the follow-up program in respect of the designated project;

e) les exigences du programme de suivi du projet;

(f) the purpose of the designated project;

f) les raisons d'être du projet;

- | | |
|--|--|
| <p>(g) alternative means of carrying out the designated project that are technically and economically feasible and the environmental effects of any such alternative means;</p> | <p>g) les solutions de rechange réalisables sur les plans technique et économique, et leurs effets environnementaux;</p> |
| <p>(h) any change to the designated project that may be caused by the environment;</p> | <p>h) les changements susceptibles d'être apportés au projet du fait de l'environnement;</p> |
| <p>(i) the results of any relevant study conducted by a committee established under section 73 or 74; and</p> | <p>i) les résultats de toute étude pertinente effectuée par un comité constitué au titre des articles 73 ou 74;</p> |
| <p>(j) any other matter relevant to the environmental assessment that the responsible authority, or — if the environmental assessment is referred to a review panel — the Minister, requires to be taken into account.</p> | <p>j) tout autre élément utile à l'évaluation environnementale dont l'autorité responsable ou, s'il renvoie l'évaluation environnementale pour examen par une commission, le ministre peut exiger la prise en compte.</p> |
| <p>...</p> | <p>...</p> |
| <p>29 (1) If the carrying out of a designated project requires that a certificate be issued in accordance with an order made under section 54 of the <i>National Energy Board Act</i>, the responsible authority with respect to the designated project must ensure that the report concerning the environmental assessment of the designated project sets out</p> | <p>29 (1) Si la réalisation d'un projet désigné requiert la délivrance d'un certificat au titre d'un décret pris en vertu de l'article 54 de la <i>Loi sur l'Office national de l'énergie</i>, l'autorité responsable à l'égard du projet veille à ce que figure dans le rapport d'évaluation environnementale relatif au projet :</p> |
| <p>(a) its recommendation with respect to the decision that may be made under paragraph 31(1)(a) in relation to the designated project, taking into account the implementation of any mitigation measures that it set out in the report; and</p> | <p>a) sa recommandation quant à la décision pouvant être prise au titre de l'alinéa 31(1)a) relativement au projet, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation qu'elle précise dans le rapport;</p> |
| <p>(b) its recommendation with respect to the follow-up program that is to be implemented in respect of the designated project.</p> | <p>b) sa recommandation quant au programme de suivi devant être mis en oeuvre relativement au projet.</p> |

...

31 (1) After the responsible authority with respect to a designated project has submitted its report with respect to the environmental assessment or its reconsideration report under section 29 or 30, the Governor in Council may, by order made under subsection 54(1) of the *National Energy Board Act*

(a) decide, taking into account the implementation of any mitigation measures specified in the report with respect to the environmental assessment or in the reconsideration report, if there is one, that the designated project

(i) is not likely to cause significant adverse environmental effects,

(ii) is likely to cause significant adverse environmental effects that can be justified in the circumstances, or

(iii) is likely to cause significant adverse environmental effects that cannot be justified in the circumstances; and

(b) direct the responsible authority to issue a decision statement to the proponent of the designated project that

(i) informs the proponent of the decision made under paragraph (a) with respect to the designated project and,

(ii) if the decision is referred to in subparagraph (a)(i) or (ii), sets out conditions — which are the implementation of the mitigation

...

31 (1) Une fois que l'autorité responsable à l'égard d'un projet désigné a présenté son rapport d'évaluation environnementale ou son rapport de réexamen en application des articles 29 ou 30, le gouverneur en conseil peut, par décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie* :

a) décider, compte tenu de l'application des mesures d'atténuation précisées dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen, que la réalisation du projet, selon le cas :

(i) n'est pas susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants,

(ii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui sont justifiables dans les circonstances,

(iii) est susceptible d'entraîner des effets environnementaux négatifs et importants qui ne sont pas justifiables dans les circonstances;

b) donner à l'autorité responsable instruction de faire une déclaration qu'elle remet au promoteur du projet dans laquelle :

(i) elle donne avis de la décision prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'alinéa a) relativement au projet,

(ii) si cette décision est celle visée aux sous-alinéas a)(i) ou (ii), elle énonce les conditions que le promoteur est tenu de respecter relativement au

measures and the follow-up program set out in the report with respect to the environmental assessment or the reconsideration report, if there is one — that must be complied with by the proponent in relation to the designated project.

projet, à savoir la mise en oeuvre des mesures d'atténuation et du programme de suivi précisés dans le rapport d'évaluation environnementale ou, s'il y en a un, le rapport de réexamen.

Species at Risk Act, S.C. 2002, c. 29

77 (1) Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wildlife species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

(1.1) Subsection (1) does not apply to the National Energy Board when it issues a certificate under an order made under subsection 54(1) of the

77 (1) Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'Office national de l'énergie lorsqu'il délivre un certificat conformément à un décret pris en vertu du paragraphe 54(1) de la *Loi*

National Energy Board Act.

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

...

79 (1) Every person who is required by or under an Act of Parliament to ensure that an assessment of the environmental effects of a project is conducted, and every authority who makes a determination under paragraph 67(a) or (b) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012* in relation to a project, must, without delay, notify the competent minister or ministers in writing of the project if it is likely to affect a listed wildlife species or its critical habitat.

(2) The person must identify the adverse effects of the project on the listed wildlife species and its critical habitat and, if the project is carried out, must ensure that measures are taken to avoid or lessen those effects and to monitor them. The measures must be taken in a way that is consistent with any applicable recovery strategy and action plans.

(3) The following definitions apply in this section.

person includes an association, an organization, a federal authority as defined in subsection 2(1) of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, and any body that is set out in Schedule 3 to that Act.

sur l'Office national de l'énergie.

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

...

79 (1) Toute personne qui est tenue, sous le régime d'une loi fédérale, de veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation des effets environnementaux d'un projet et toute autorité qui prend une décision au titre des alinéas 67a) ou b) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* relativement à un projet notifiant sans tarder le projet à tout ministre compétent s'il est susceptible de toucher une espèce sauvage inscrite ou son habitat essentiel.

(2) La personne détermine les effets nocifs du projet sur l'espèce et son habitat essentiel et, si le projet est réalisé, veille à ce que des mesures compatibles avec tout programme de rétablissement et tout plan d'action applicable soient prises en vue de les éviter ou de les amoindrir et les surveiller.

(3) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

personne S'entend notamment d'une association de personnes, d'une organisation, d'une autorité fédérale au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et de tout organisme mentionné à l'annexe 3 de

	cette loi.
project means	projet
(a) a designated project as defined in subsection 2(1) of the <i>Canadian Environmental Assessment Act, 2012</i> or a project as defined in section 66 of that Act;	a) Projet désigné au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)</i> ou projet au sens de l'article 66 de cette loi;
(b) a project as defined in subsection 2(1) of the <i>Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act</i> ; or	b) projet de développement au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon</i> ;
(c) a development as defined in subsection 111(1) of the <i>Mackenzie Valley Resource Management Act</i> .	c) projet de développement au sens du paragraphe 111(1) de la <i>Loi sur la gestion des ressources de la vallée du Mackenzie</i> .

FEDERAL COURT OF APPEAL

NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKETS: A-78-17 (LEAD FILE); A-217-16;
A-218-16; A-223-16; A-224-16;
A-225-16; A-232-16; A-68-17;
A-74-17; A-75-17; A-76-17;
A-77-17; A-84-17; A-86-17

STYLE OF CAUSE: TSLEIL-WAUTUTH NATION et
al. v. ATTORNEY GENERAL OF
CANADA et al.

PLACE OF HEARING: VANCOUVER, BRITISH
COLUMBIA

DATE OF HEARING: OCTOBER 2-5, 10, 12-13, 2017

REASONS FOR JUDGMENT BY: DAWSON J.A.

CONCURRED IN BY: DE MONTIGNY J.A.
WOODS J.A.

DATED: AUGUST 30, 2018

APPEARANCES:

Maxime Faille
Scott A. Smith
Paul Seaman

FOR THE APPLICANT, TSLEIL-
WAUTUTH NATION

Susan Horne
K. Michael Stephens
Rebecca Robb

FOR THE APPLICANT, CITY OF
VANCOUVER

Gregory McDade
Michelle Bradley

FOR THE APPLICANT, CITY OF
BURNABY

F. Matthew Kirchner
Emma K. Hume
Michelle Bradley

FOR THE APPLICANTS, THE
SQUAMISH NATION (ALSO
KNOWN AS THE SQUAMISH
INDIAN BAND), XÀLEK/SEKYÚ
SIYÁM, CHIEF IAN CAMPBELL

ON HIS OWN BEHALF AND ON
BEHALF OF ALL MEMBERS OF
THE SQUAMISH NATION,
COLDWATER INDIAN BAND,
CHIEF LEE SPAHAN IN HIS
CAPACITY AS CHIEF OF THE
COLDWATER BAND ON
BEHALF OF ALL MEMBERS OF
THE COLDWATER BAND

Crystal Reeves
Elin Sigurdson

FOR THE APPLICANT
UPPER NICOLA BAND

Jana McLean
Joelle Walker

FOR THE APPLICANTS,
AITCHELITZ, SKOWKALE,
SHXWHÁ:Y VILLAGE,
SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST
NATION, TZEACHTEN,
YAKWEAKWIOOSE, SKWAH,
CHIEF DAVID JIMMIE ON HIS
OWN BEHALF AND ON BEHALF
OF ALL MEMBERS OF THE
TS'ELXWÉYEQW TRIBE

Sarah D. Hansen
Megan Young

FOR THE APPLICANTS, CHIEF
RON IGNACE AND CHIEF FRED
SEYMOUR ON THEIR OWN
BEHALF AND ON BEHALF OF
ALL OTHER MEMBERS OF THE
STK'EMLUPSEMC TE
SECWEPEMC OF THE
SECWEPEMC NATION

Margot Venton
Dyna Tuytel

FOR THE APPLICANTS,
RAINCOAST CONSERVATION
FOUNDATION AND LIVING
OCEANS SOCIETY

Jan Brongers
Bruce Hughson
Dayna Anderson
Liliane Bantourakis
Sarah Bird
Jon Khan
Ashley Caron

FOR THE RESPONDENT,
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

Maureen Killoran, Q.C.
Olivia Dixon
Sean Sutherland

FOR THE RESPONDENT, TRANS
MOUNTAIN PIPELINE ULC

Paul Johnston
Keith Bergner
Toby Kruger

FOR THE RESPONDENT,
NATIONAL ENERGY BOARD

Marta Burns
Doreen Mueller

FOR THE INTERVENER,
ATTORNEY GENERAL OF
ALBERTA

Thomas R. Berger, O.C., Q.C.
Monique Pongracic-Speier

FOR THE INTERVENER,
ATTORNEY GENERAL OF
BRITISH COLUMBIA

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling WLG (Canada) LLP
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, TSLEIL-
WAUTUTH NATION

Hunter Litigation Chambers
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, CITY OF
VANCOUVER

Ratcliff & Company LLP
North Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT, CITY OF
BURNABY

Ratcliff & Company LLP
North Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS, THE
SQUAMISH NATION (also known
as the SQUAMISH INDIAN
BAND), XÀLEK/SEKYÚ SIYÁM,
CHIEF IAN CAMPBELL on his
own behalf and on behalf of all
members of the Squamish Nation,
COLDWATER INDIAN BAND,
CHIEF LEE SPAHAN in his
capacity as Chief of the Coldwater
Band on behalf of all members of
the Coldwater Band

Mandell Pinder LLP
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANT,
UPPER NICOLA BAND

Miller Titerle + Company LLP
Vancouver, British Columbia

FOR THE APPLICANTS,
AITCHELITZ, SKOWKALE,

Miller Thomson LLP
Vancouver, British Columbia

Ecojustice
Calgary, Alberta

Nathalie G. Drouin
Deputy Attorney General of Canada

National Energy Board Legal Services
Calgary, Alberta
Osler, Hoskin & Harcourt LLP
Calgary, Alberta

Alberta Justice and Solicitor General
Edmonton, Alberta

Ministry of Justice
Victoria, British Columbia

SHXWHÁ:Y VILLAGE,
SOOWAHLIE, SQUIALA FIRST
NATION, TZEACHTEN,
YAKWEAKWIOOSE, SKWAH,
CHIEF DAVID JIMMIE on his own
behalf and on behalf of all members
of the TS'ELXWÉYEQW TRIBE

FOR THE APPLICANTS, CHIEF
RON IGNACE and CHIEF FRED
SEYMOUR on their own behalf and
on behalf of all other members of the
STK'EMLUPSEMC TE
SECWEPEMC of the
SECWEPEMC NATION

FOR THE APPLICANTS,
RAINCOAST CONSERVATION
FOUNDATION AND LIVING
OCEANS SOCIETY

FOR THE RESPONDENT,
ATTORNEY GENERAL OF
CANADA

FOR THE RESPONDENT,
NATIONAL ENERGY BOARD
FOR THE RESPONDENT, TRANS
MOUNTAIN PIPELINE ULC

FOR THE INTERVENER,
ATTORNEY GENERAL OF
ALBERTA

FOR THE INTERVENER,
ATTORNEY GENERAL OF
BRITISH COLUMBIA

TAB 24

**The Corporation of the City
of Windsor** *Appellant*

v.

The Canadian Transit Company *Respondent*

and

**Attorney General of Canada and
Federation of Canadian Municipalities**
Interveners

**INDEXED AS: WINDSOR (CITY) v. CANADIAN TRAN-
SIT CO.**

2016 SCC 54

File No.: 36465.

2016: April 21; 2016: December 8.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and
Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Courts — Jurisdiction — Federal Court — Relief sought under constitutional law — Company incorporated by federal legislation owning and operating Canadian half of bridge between Canada and United States — Company purchasing residential properties near bridge to facilitate maintenance and expansion — City issuing repair orders against properties pursuant to municipal by-law — Company applying to Federal Court for declarations that it has rights under its incorporating legislation which supersede municipal by-law — Whether Federal Court has jurisdiction to decide whether Company must comply with by-law and repair orders — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 23 — An Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57.

The Canadian Transit Company owns and operates the Canadian half of the Ambassador Bridge connecting Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan. The Company was incorporated in 1921 by *An Act to incorporate The Canadian Transit Company* (the “CTC Act”). The CTC

**The Corporation of the City
of Windsor** *Appelante*

c.

The Canadian Transit Company *Intimée*

et

**Procureur général du Canada et
Fédération canadienne des municipalités**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : WINDSOR (CITY) c. CANADIAN TRAN-
SIT CO.**

2016 CSC 54

N° du greffe : 36465.

2016 : 21 avril; 2016 : 8 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale — Réparation demandée sous le régime du droit constitutionnel — Société constituée par une loi fédérale possédant et exploitant la moitié canadienne d'un pont reliant le Canada aux États-Unis — Achat par la Société de propriétés résidentielles situées près du pont en vue de faciliter l'entretien et l'agrandissement du pont — Ordres de réparation des propriétés donnés par la ville aux termes d'un règlement municipal — Société demandant à la Cour fédérale de déclarer que sa loi constitutive lui confère des droits qui l'emportent sur le règlement municipal — La Cour fédérale a-t-elle compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 23 — Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, c. 57.

La société The Canadian Transit Company (« Société ») possède et exploite la moitié canadienne du pont Ambassador qui relie les villes de Windsor, en Ontario, et de Detroit, au Michigan. En 1921, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »* (la « Loi

Act empowered the Company to construct, maintain and operate a general traffic bridge across the Detroit River, to purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge, and to construct, erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the bridge. The *CTC Act* also declared the works and undertaking of the Company to be for the general advantage of Canada, triggering federal jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

The Company has purchased more than 100 residential properties in Windsor with the intention of eventually demolishing the homes and using the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its facilities. Most of the homes are now vacant and in varying states of disrepair. The City of Windsor issued repair orders against the properties pursuant to a municipal by-law. The Company has not complied with the repair orders. The parties have been engaged in proceedings relating to these repair orders in the Ontario Superior Court of Justice. In addition, the Company applied to the Federal Court for declarations to the effect that it has certain rights under the *CTC Act* which supersede the by-law and the repair orders issued under it. The City moved to strike the Company's notice of application on the ground that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. The Federal Court struck the Company's notice of application for want of jurisdiction. The Federal Court of Appeal set aside that decision. This appeal deals only with the preliminary issue of whether the Federal Court has jurisdiction to decide whether the Company must comply with the City's by-law and repair orders.

Held (Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed, the order of the Federal Court of Appeal set aside and the order of the Federal Court striking the Company's notice of application reinstated.

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The Federal Court does not have the jurisdiction to decide whether the City's by-law applies to the Company's residential properties. The issue should be decided by the Ontario Superior Court of Justice.

To decide whether the Federal Court has jurisdiction over a claim, it is necessary to determine the essential nature or character of that claim. Determining the claim's

sur la CTC ») a constitué la Société en personne morale. La *Loi sur la CTC* habilitait la Société à construire, entretenir et mettre en service un pont de circulation générale sur la rivière Détroit, à acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont et à construire, ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu'au pont, venant du pont, et sur le pont. Aux termes de la *Loi sur la CTC*, les travaux et l'entreprise de la Société ont également été déclarés être d'utilité publique au Canada, ce qui établissait la compétence fédérale conférée par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

La Société a fait l'acquisition de plus de 100 propriétés résidentielles à Windsor, dans l'intention de démolir les maisons par la suite et d'utiliser les terrains afin de faciliter l'entretien ainsi que l'agrandissement du pont et de ses installations. La plupart des maisons sont maintenant vacantes et elles sont plus ou moins délabrées. La Ville de Windsor a donné en vertu d'un règlement municipal des ordres de réparation visant ces propriétés. La Société n'a pas obtempéré aux ordres de réparation. Les parties s'affrontent devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans une instance liée à ces ordres de réparation. De plus, la Société a demandé à la Cour fédérale des déclarations suivant lesquelles elle possède, en vertu de la *Loi sur la CTC*, certains droits qui l'emportent sur le règlement ainsi que sur les ordres de réparation donnés sous son régime. La Ville a demandé la radiation de l'avis de demande de la Société, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de la demande. La Cour fédérale a radié l'avis de demande de la Société pour défaut de compétence. La Cour d'appel fédérale a annulé cette décision. Le présent pourvoi ne porte que sur la question préliminaire de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décider si la Société doit se conformer au règlement et aux ordres de réparation de la Ville.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale est annulée et l'ordonnance de la Cour fédérale radiant l'avis de demande de la Société est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La Cour fédérale n'est pas compétente pour décider si le règlement de la Ville s'applique aux propriétés résidentielles de la Société. Le litige doit être tranché par la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

Afin de décider si la Cour fédérale a compétence sur une demande, il est nécessaire de déterminer la nature ou le caractère essentiel de cette demande. Le fait de

essential nature allows the court to assess whether it falls within the scope of s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, which grants jurisdiction to the Federal Court only when a claim for relief has been made, or a remedy has been sought, “under an Act of Parliament or otherwise”. In this case, it is clear that what the Company ultimately seeks is immunity from the requirements of the by-law. The issue is therefore whether the Federal Court has the jurisdiction to decide a claim that a municipal by-law is constitutionally inapplicable or inoperative in relation to a federal undertaking.

The Federal Court has only the jurisdiction it has been conferred by statute: it is a statutory court, without inherent jurisdiction. Accordingly, the language of the *Federal Courts Act* is completely determinative of the scope of the court’s jurisdiction. Parliament established the Federal Court pursuant to its competence, under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”. The role of the Federal Court is therefore constitutionally limited to administering federal law. The three-part test for jurisdiction, set out by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, is designed to ensure the Federal Court does not overstep this limited role. The first part of the test requires that a federal statute grant jurisdiction to the Federal Court. Section 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court when “a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise”, that is, when the claimant is seeking relief under federal law. The claimant’s cause of action, or the right to seek relief, must be created or recognized by a federal statute, a federal regulation or a rule of the common law dealing with a subject matter of federal legislative competence. The explicit language of s. 23 of the *Federal Courts Act* requires that the relief be sought under — and not merely in relation to — federal law. Requiring the right to seek relief to arise directly from federal law brings clarity to the scope of the Federal Court’s concurrent jurisdiction. Giving effect to the explicit wording of s. 23 minimizes jurisdictional disputes by ensuring that litigants know the scope of the Federal Court’s jurisdiction in advance. This will avoid unnecessary litigation, including disputes about whether the court should decline to exercise jurisdiction even if it has jurisdiction to hear the matter.

déterminer la nature essentielle de la demande permet au tribunal de décider si celle-ci relève de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère compétence à la Cour fédérale uniquement à l’égard d’une demande de réparation ou d’un autre recours exercé « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». En l’espèce, il est évident que ce que la Société cherche, en définitive, c’est de se soustraire aux exigences du règlement. La question consiste donc à décider si la Cour fédérale a compétence pour statuer sur une demande alléguant qu’un règlement municipal est constitutionnellement inapplicable ou inopérant à l’égard d’un ouvrage fédéral.

La Cour fédérale possède uniquement la compétence qui lui est conférée par la loi : il s’agit d’une cour d’origine législative qui n’est pas dotée d’une compétence inhérente. En conséquence, c’est le texte de la *Loi sur les Cours fédérales* qui détermine complètement l’étendue de sa compétence. Le Parlement a établi la Cour fédérale en application de la compétence que lui reconnaît l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Le rôle de la Cour fédérale se limite donc constitutionnellement à administrer les lois fédérales. Le critère à trois volets déterminatif de la compétence élaboré par la Cour dans l’arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, vise à faire en sorte que la Cour fédérale n’outrepasse pas ce rôle limité. Le premier volet du critère exige qu’une loi fédérale attribue la compétence à la Cour fédérale. L’alinéa 23c) attribue la compétence à la Cour fédérale dans les cas « de demande de réparation ou d’autres recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », soit lorsque le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédéral. La cause d’action du demandeur, ou le droit de solliciter une réparation, doit être créé ou reconnu par une loi fédérale, un règlement fédéral ou une règle de common law traitant d’un sujet relevant du pouvoir de légiférer du fédéral. Le texte explicite de l’art. 23 de la *Loi sur les Cours fédérales* exige que la réparation soit demandée sous le régime du droit fédéral, et non simplement relativement au droit fédéral. Exiger que le droit de demander une réparation découle directement du droit fédéral a pour effet de préciser l’étendue de la compétence concurrente de la Cour fédérale. L’application du texte explicite de l’art. 23 minimise les litiges sur des questions de compétence en faisant en sorte que les parties connaissent à l’avance l’étendue de la compétence de la Cour fédérale. On évitera ainsi les litiges inutiles, y compris les différends quant à savoir si le tribunal devrait refuser d’exercer sa compétence à l’égard d’une affaire, même s’il a compétence pour en connaître.

In this case, the Company is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise”, as required by s. 23(c). The Company is seeking relief under s. 23(c) itself, or alternatively under the *CTC Act*. However, s. 23 is not itself a federal law under which the Company can seek relief. It confers on the Federal Court jurisdiction over certain claims, but does not confer on parties the right to make those claims in the first place. For that right, parties must look to other federal law. Further, although the *CTC Act* confers certain rights and powers (and imposes certain responsibilities) on the Company, it also does not give the Company any kind of right of action or right to seek the relief sought. The Company is in fact seeking relief under constitutional law, because constitutional law confers on parties the right to seek a declaration that a law is inapplicable or inoperative. A party seeking relief under constitutional law is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” within the meaning of s. 23; constitutional law cannot be said to be federal law for the purposes of s. 23. Therefore, s. 23(c) does not grant jurisdiction over the Company’s application to the Federal Court and the first part of the *ITO* test for jurisdiction is not met. There is therefore no need to consider whether the second and third parts of the *ITO* test are met. Because the test is not met, it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. The motion to strike the Company’s notice of application in the Federal Court must succeed.

Per Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): The Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application and the appeal should accordingly be dismissed.

The Federal Court’s jurisdiction should be construed broadly. The Federal Court was designed to achieve two objectives: ensuring that members of the public would have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements, and making it possible for litigants who live in different parts of the country to have a common and convenient forum in which to enforce their legal rights. These purposes are better served by a broad construction of its jurisdiction.

En l’espèce, la Société ne sollicite pas une réparation « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » comme l’exige l’al. 23c). Elle demande une réparation sous le régime de l’al. 23c) lui-même ou, subsidiairement, sous le régime de la *Loi sur la CTC*. Toutefois, l’art. 23 ne constitue pas, en soi, une règle de droit fédérale sous le régime de laquelle la Société peut demander réparation. Il confère à la Cour fédérale compétence à l’égard de certaines demandes, mais il n’a pas pour effet de conférer aux parties le droit de présenter ces demandes en premier lieu. Les parties doivent chercher ce droit dans d’autres règles de droit fédérales. En outre, bien que la *Loi sur la CTC* accorde certains droits et pouvoirs à la Société (et lui impose certaines responsabilités), elle ne lui confère aucun droit d’action ou droit de solliciter la réparation demandée. En fait, la Société demande réparation sous le régime du droit constitutionnel, parce que c’est celui-ci qui accorde aux parties le droit de demander une déclaration portant qu’une règle de droit est inapplicable ou inopérante. Une partie sollicitant une réparation sous le régime du droit constitutionnel ne le fait pas « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », au sens de l’art. 23; on ne peut affirmer que le droit constitutionnel est de droit fédéral pour l’application de l’art. 23. Par conséquent, l’al. 23c) ne confère pas compétence à la Cour fédérale sur la demande de la Société, et il n’a pas été satisfait au premier volet du critère *ITO*. Point n’est donc besoin d’examiner s’il a été satisfait aux deuxième et troisième volets du critère *ITO*. Étant donné que le critère *ITO* n’a pas été respecté, la Cour fédérale n’a manifestement pas compétence pour entendre la demande. La requête en radiation de l’avis de demande de la Société en Cour fédérale doit être accueillie.

Les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : La Cour fédérale a compétence pour entendre la demande de la Société et, en conséquence, le pourvoi devrait être rejeté.

La compétence de la Cour fédérale devrait être interprétée largement. La Cour fédérale a été créée pour atteindre deux objectifs : faire en sorte que les particuliers puissent recourir à une cour nationale exerçant une compétence nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux, et permettre aux plaideurs qui demeurent dans des régions éloignées l’une de l’autre de trouver là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes. Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs.

There is no need to characterize the essential nature of the case as a preliminary step in the analysis of jurisdiction. The test established in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, provides a comprehensive framework of analysis for determining whether the Federal Court has jurisdiction. What matters is only whether there is a statutory grant of jurisdiction, whether federal law is essential to the disposition of the case, and whether the law is validly federal. The essential nature of the case is not relevant to whether the Federal Court has jurisdiction, but to whether it should exercise it. There may be cases in which — despite the *ITO* test being met — the Federal Court should consider declining jurisdiction.

The three branches of the *ITO* test are met in this case. First, s. 23(c) of the *Federal Courts Act* provides the necessary statutory grant of jurisdiction. The three crucial elements for s. 23(c) to amount to the required statutory grant of jurisdiction under the first branch of the *ITO* test are present here: the Company has claimed relief, its claim is in relation to a work or undertaking extending beyond the limits of a province, and the claim was made “under an Act of Parliament or otherwise in relation to” this international work or undertaking.

Requiring a federal statute to expressly create a cause of action before jurisdiction may be founded “under an Act of Parliament” within the meaning of s. 23 is unduly narrow and inconsistent with Parliament’s intent in creating the Federal Court. Section 23 should be construed broadly to ensure that, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights being enforced arise from an Act of Parliament, the claimants may approach the Federal Court. In this case, the rights the Company seeks to enforce are sourced in two separate Acts of Parliament, both of which are essential to the ultimate relief sought by the Company: the *CTC Act* and the *International Bridges and Tunnels Act*. As such, since the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights that the claimant seeks to enforce arise from Acts of Parliament, s. 23(c) confers a statutory grant of jurisdiction on the Federal Court.

The *CTC Act* also satisfies the second branch of the *ITO* test: it is essential to the disposition of this case and it nourishes the statutory grant of the Federal Court’s jurisdiction, because it is central to the constitutional claim. The declarations sought by the Company in the

Il n’est pas nécessaire de qualifier l’essence de l’affaire à l’étape préliminaire de l’analyse de la compétence. Le critère établi dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, fournit un cadre d’analyse complet afin de déterminer si la Cour fédérale a compétence. Ce qui importe, c’est seulement de savoir s’il existe une attribution législative de compétence, si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige et si la loi en cause est une loi fédérale valide. L’essence de l’affaire n’est pas pertinente lorsqu’il s’agit de savoir si la Cour fédérale a compétence, mais elle l’est lorsqu’il s’agit de savoir si elle devrait l’exercer. Il peut se présenter des affaires dans lesquelles — même si le critère *ITO* est respecté — la Cour fédérale devrait envisager la possibilité de refuser d’exercer sa compétence.

Il a été satisfait aux trois volets du critère *ITO* en l’espèce. Premièrement, l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit l’attribution législative de compétence nécessaire. Les trois éléments cruciaux pour que l’al. 23c) exprime l’attribution législative de compétence requise au titre du premier volet du critère *ITO* sont présents en l’espèce : la Société a demandé une réparation, sa demande est relative à un ouvrage s’étendant au-delà des limites d’une province, et la demande a été présentée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière » de cet ouvrage international.

Le fait d’exiger qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action avant de conclure à l’existence de la compétence « sous le régime d’une loi fédérale » au sens de l’art. 23 constitue une interprétation indûment étroite et incompatible avec l’intention du législateur lorsqu’il a institué la Cour fédérale. L’article 23 devrait recevoir une interprétation large de sorte que les demandeurs puissent s’adresser à la Cour fédérale si la demande de réparation a trait à un ouvrage fédéral et les droits que l’on veut faire respecter découlent d’une loi fédérale. En l’espèce, les droits que la Société vise à faire respecter proviennent de deux lois fédérales distinctes, les deux étant essentielles à l’égard de la réparation ultime qu’elle recherche : la *Loi sur la CTC* et la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Ainsi, puisque la demande de réparation est liée à un ouvrage fédéral et que les droits que le demandeur cherche à faire respecter découlent de lois fédérales, l’al. 23c) confère compétence à la Cour fédérale.

La *Loi sur la CTC* satisfait aussi au deuxième volet du critère *ITO* : elle est essentielle à la solution du présent litige et elle constitue le fondement de l’attribution législative de compétence à la Cour fédérale parce qu’elle est au cœur de la demande fondée sur la Constitution. Les

Federal Court make it clear that the dispute is generally concerned with the *CTC Act* and federal jurisdiction over federal works and undertakings, pursuant to the *Constitution Act, 1867*. Two interrelated questions are at the heart of this dispute, both of which are intimately tied to the *CTC Act*: whether the properties purchased by the Company form part of the “federal work or undertaking” of the Ambassador Bridge, and, if so, whether those properties are immune from the municipal by-law based on the doctrine of interjurisdictional immunity. Resolving these constitutional questions primarily entails interpreting the *CTC Act*. The *CTC Act* thus plays an essential role in the outcome of this case. As for the third branch of the *ITO* test, it is also satisfied since there is no dispute in this case that the *CTC Act* is valid federal law.

As all three branches of the *ITO* test are met in this case, the Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application. It remains for the Federal Court to decide whether it should exercise its jurisdiction to hear the Company’s application, or decline to do so in favour of the Superior Court of Justice. In deciding whether to exercise its jurisdiction, the Federal Court should consider whether the Company has an adequate and effective recourse in a forum in which litigation is already taking place, expeditiousness, and the economical use of judicial resources. In the present circumstances, there may be good reason for the Federal Court to decline to hear the Company’s application.

Per Abella J. (dissenting): The appeal should be dismissed in part and a stay of the Federal Court proceedings should be entered. This Court’s test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, has been met. However, notwithstanding that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not exercise it in this case. Both the Canadian Transit Company and the City appealed orders of the Property Standards Committee to the Ontario Superior Court. Rather than wait for the outcome of the appeals before the Superior Court, the Company sought to activate the Federal Court’s intervention.

It cannot be seriously contested that the issues raised by the Company in its Federal Court application can be resolved in the context of the parties’ ongoing litigation before the Superior Court. The result of the Company diverting the course of the proceedings into a jurisdictional

déclarations que sollicite la Société en Cour fédérale établissent clairement que le litige fait généralement intervenir la *Loi sur la CTC* ainsi que la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux, conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867*. Deux questions interreliées sont au cœur du présent litige, et les deux se rapportent intimement à la *Loi sur la CTC* : celle de savoir si les propriétés achetées par la Société font partie de l’« ouvrage fédéral » que constitue le pont Ambassador, et, dans l’affirmative, celle de savoir si ces propriétés sont soustraites à l’application du règlement municipal sur le fondement de la doctrine de l’exclusivité des compétences. Pour résoudre ces questions constitutionnelles, il faut principalement interpréter la *Loi sur la CTC*. Ainsi, cette loi joue un rôle essentiel dans l’issue de cette affaire. Il est également satisfait au troisième volet du critère *ITO* puisqu’il ne fait aucun doute en l’espèce que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

Puisqu’il a été satisfait aux trois volets du critère *ITO* en l’espèce, la Cour fédérale a compétence à l’égard de la demande de la Société. Il reste à la Cour fédérale à décider si elle doit exercer sa compétence pour entendre la demande de la Société, ou refuser de le faire en faveur de la Cour supérieure de justice. En décidant d’exercer ou non sa compétence, la Cour fédérale devrait examiner si la Société a un recours adéquat et efficace devant un tribunal déjà saisi du litige, la célérité, et l’utilisation économique des ressources judiciaires. Dans les circonstances en l’espèce, la Cour fédérale peut avoir un bon motif de refuser d’entendre la demande de la Société.

La juge Abella (dissidente) : Le pourvoi devrait être rejeté en partie et la suspension des procédures en Cour fédérale devrait être ordonnée. Le critère établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, a été respecté. Toutefois, même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, elle ne devrait pas l’exercer en l’espèce. La société The Canadian Transit Company (« Société ») et la Ville ont toutes deux interjeté appel des ordonnances du Property Standards Committee devant la Cour supérieure de l’Ontario. Au lieu d’attendre l’issue des appels interjetés devant la Cour supérieure, la Société a voulu activer l’intervention de la Cour fédérale.

On ne peut sérieusement contester le fait que les questions soulevées par la Société dans la demande introduite en Cour fédérale peuvent être résolues dans le cadre du litige opposant les parties devant la Cour supérieure. Le résultat de la diversion, par la Société, du cours

side-show is obvious — additional expense and delay in aid of nothing except avoiding a determination of the merits for as long as possible. To date, that jurisdictional diversion has cost the public a delay of three years. There is no basis for further delaying the Superior Court proceedings. In the words of the Federal Court’s rules, it is neither “just” nor “expeditious” for it to weigh in on these proceedings, needlessly complicating and extending them. Remitting the matter to the Federal Court to reach the irresistible conclusion that a stay is warranted adds needlessly to the expense and delay.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; **distinguished:** *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; **referred to:** *Hodgson v. Ermineskin Indian Band* (2000), 180 F.T.R. 285; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Sifto Canada Corp. v. Minister of National Revenue*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184; *Domtar Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200; *Roitman v. Canada*, 2006 FCA 266, 353 N.R. 75; *Canadian Pacific Railway v. R.*, 2013 FC 161, [2014] 1 C.T.C. 223; *Verdicchio v. R.*, 2010 FC 117, [2010] 3 C.T.C. 80; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Consolidated Distilleries, Ltd. v. The King*, [1933] A.C. 508; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Norrail Transport Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1998), 154 F.T.R. 161; *Prudential Assurance Co. v. Canada*, [1993] 2 F.C. 293; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151; *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *R.*

de l’instance par cette distraction de nature juridictionnelle est évident — des coûts et délais additionnels qui n’aident en rien si ce n’est à repousser le plus longtemps possible une décision sur le fond. Jusqu’à maintenant, cette manœuvre de diversion juridictionnelle a coûté trois ans de délais au public. Rien ne justifie de retarder davantage l’instance devant la Cour supérieure. Aux termes des règles de la Cour fédérale, il n’est ni « juste » ni « expéditif » que la Cour fédérale se prononce sur ces procédures en les compliquant et les prolongeant inutilement. Renvoyer l’affaire à la Cour fédérale pour qu’elle arrive à la conclusion irrésistible qu’une suspension de l’instance s’impose ne fait qu’ajouter des dépenses et prolonger les délais inutilement.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts appliqués : *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; **distinction d’avec l’arrêt :** *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; **arrêts mentionnés :** *Hodgson c. Bande indienne d’Ermineskin n° 942*, 2000 CanLII 15066; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140; *Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218; *Canada c. Roitman*, 2006 CAF 266; *Canadian Pacific Railway c. R.*, 2013 CF 161, [2014] 1 C.T.C. 223; *Verdicchio c. Canada*, 2010 CF 117; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Consolidated Distilleries, Ltd. c. The King*, [1933] A.C. 508; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Norrail Transport Inc. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1998 CanLII 7641; *Prudential Assurance Co. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 293; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *La Reine c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151; *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*,

v. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588.

By Moldaver and Brown JJ. (dissenting)

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc., [1986] 1 S.C.R. 752; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575; *Canadian Pacific Ltd. v. United Transportation Union*, [1979] 1 F.C. 609; *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319; *Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen*, [1979] 2 F.C. 476; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838; *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713.

By Abella J. (dissenting)

ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc., [1986] 1 S.C.R. 752; *Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, 2013 FCA 143; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713.

Statutes and Regulations Cited

Act to incorporate The Canadian Transit Company, S.C. 1921, c. 57, ss. 2, 8.
Canada Act 1982 (U.K.), 1982, c. 11, s. 1.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 116(5).
Carriage by Air Act, R.S.C. 1985, c. C-26.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92(10)(a), (c), (14), 96, 100, 101.
Constitution Act, 1982, ss. 38 to 49, 52.
Exchequer Court Act, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30.
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduced in R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)].
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2 “relief”, 3, 4, 18, 23, 50(1).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 221(1)(a).
Highway Traffic Act, R.S.O. 1990, c. H.8.
International Bridges and Tunnels Act, S.C. 2007, c. 1, s. 5.

[1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588.

Citée par les juges Moldaver et Brown (dissidents)

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc., [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575; *Canadien Pacifique Ltée c. Travailleurs unis des transports*, [1979] 1 C.F. 609; *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319; *Pacific Western Airlines Ltd. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 476; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713.

Citée par la juge Abella (dissidente)

ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc., [1986] 1 R.C.S. 752; *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, 2013 CAF 143; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713.

Lois et règlements cités

Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, c. 11.
Code de la route, L.R.O. 1990, c. H.8.
Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company », S.C. 1921, c. 57, art. 2, 8.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92(10)(a), (c), (14), 96, 100, 101.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 38 à 49, 52.
Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11, art. 1.
Loi sur la Cour de l'Échiquier, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30.
Loi sur la Cour fédérale, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduite dans S.R.C. 1970, c. 10 (2^e suppl.)].
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, c. R-2, art. 18(1).
Loi sur le transport aérien, L.R.C. 1985, c. C-26.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 2 « réparation », 3, 4, 18, 23, 50(1).

Property Standards By-law, City of Windsor By-law No. 147-2011, September 6, 2011.

Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 18(1).

Supreme and Exchequer Court Act, S.C. 1875, c. 11.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, p. 5473.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2014*. Toronto: Carswell, 2013.

Scott, Stephen A. “Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction” (1982), 27 *McGill L.J.* 137.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Stratas and Scott JJ.A.), 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, 384 D.L.R. (4th) 547, 472 N.R. 361, 98 Admin. L.R. (5th) 181, [2015] F.C.J. No. 383 (QL), 2015 CarswellNat 816 (WL Can.), setting aside a decision of Shore J., 2014 FC 461, 455 F.T.R. 154, [2014] F.C.J. No. 495 (QL), 2014 CarswellNat 1598 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting.

Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael and Jody E. Johnson, for the appellant.

John B. Laskin and James Gotowiec, for the respondent.

Sean Gaudet and Marc Ribeiro, for the intervenor the Attorney General of Canada.

Stéphane Émard-Chabot and Marie-France Major, for the intervenor the Federation of Canadian Municipalities.

Loi sur les ponts et tunnels internationaux, L.C. 2007, c. 1, art. 5.

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10, art. 116(5).

Property Standards By-law, City of Windsor By-law No. 147-2011, 6 septembre 2011.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 221(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5473.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2015, release 1).

Saunders, Brian J., Donald J. Rennie and Graham Garton. *Federal Courts Practice 2014*, Toronto, Carswell, 2013.

Scott, Stephen A. « Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction » (1982), 27 *R.D. McGill* 137.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Dawson, Stratas et Scott), 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, 384 D.L.R. (4th) 547, 472 N.R. 361, 98 Admin. L.R. (5th) 181, [2015] A.C.F. n° 383 (QL), 2015 CarswellNat 4835 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Shore, 2014 CF 461, 455 F.T.R. 154, [2014] A.C.F. n° 495 (QL), 2014 CarswellNat 2223 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

Christopher J. Williams, Courtney V. Raphael et Jody E. Johnson, pour l’appelante.

John B. Laskin et James Gotowiec, pour l’intimée.

Sean Gaudet et Marc Ribeiro, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Stéphane Émard-Chabot et Marie-France Major, pour l’intervenante la Fédération canadienne des municipalités.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] The Canadian Transit Company owns and operates the Canadian half of the Ambassador Bridge connecting Windsor, Ontario, and Detroit, Michigan. Over the past decade the Company has purchased more than 100 residential properties in Windsor with the intention of eventually demolishing the homes and using the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its facilities. Most of the homes are now vacant and, according to the City of Windsor, in varying states of disrepair. The City regards them as a blight on the Olde Sandwich Towne neighbourhood and, pursuant to its by-laws, has issued more than 100 repair orders against the properties.

[2] The Company has not complied with the repair orders, claiming that the Ambassador Bridge is a federal undertaking and the City's by-laws and repair orders cannot constitutionally apply to it. The parties have been engaged in proceedings relating to those repair orders in the Ontario Superior Court of Justice. The Company has also sought a number of declarations from the Federal Court.

[3] This appeal deals only with the preliminary issue of whether the Federal Court has jurisdiction to decide whether the Company must comply with the City's by-laws and repair orders. The City says only the Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction to settle the issue.

[4] I agree with the City: the Federal Court does not have jurisdiction to decide whether the City's by-laws apply to the Company's residential

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

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] The Canadian Transit Company (« Société ») possède et exploite la moitié canadienne du pont Ambassador qui relie les villes de Windsor, en Ontario, et de Detroit, au Michigan. Au cours de la dernière décennie, la Société a fait l'acquisition de plus de 100 propriétés résidentielles à Windsor, dans l'intention de démolir les maisons par la suite et d'utiliser les terrains afin de faciliter l'entretien ainsi que l'agrandissement du pont et de ses installations. La plupart des maisons sont maintenant vacantes et, selon la City of Windsor (« Ville de Windsor » ou « Ville »), elles sont plus ou moins délabrées. La Ville considère que ces maisons enlaidissent le quartier Olde Sandwich Towne, et elle a donné, en vertu de ses règlements, plus de 100 ordres de réparation visant ces propriétés.

[2] La Société n'a pas obtempéré aux ordres de réparation, affirmant que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral et que les règlements et les ordres de réparation de la Ville ne peuvent, au regard de la Constitution, s'appliquer au pont. Les parties s'affrontent devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans une instance liée à ces ordres de réparation. La Société a également sollicité un certain nombre de déclarations devant la Cour fédérale.

[3] Le présent pourvoi ne porte que sur la question préliminaire de savoir si la Cour fédérale a compétence pour décider si la Société doit se conformer aux règlements et aux ordres de réparation de la Ville. Celle-ci affirme que seule la Cour supérieure de justice de l'Ontario est compétente pour trancher le litige.

[4] Je souscris à la position de la Ville : la Cour fédérale n'est pas compétente pour décider si les règlements de la Ville s'appliquent aux propriétés

properties. Rather, the issue must be decided by the Ontario Superior Court of Justice. I would allow the appeal.

II. Facts

[5] The Canadian Transit Company was incorporated in 1921 by a special Act of Parliament, *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57 (*CTC Act*). Subject to certain other enactments, the *CTC Act* empowered the Company to “construct, maintain and operate a . . . general traffic bridge across the Detroit river . . . with all necessary approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances” and to “purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge . . . and construct and erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the said bridge” (s. 8(a) and (e)). The *CTC Act* also declared the “works and undertaking” of the Company to be for the general advantage of Canada (s. 2), triggering federal jurisdiction under ss. 92(10)(c) and 91(29) of the *Constitution Act, 1867*.

[6] The Ambassador Bridge opened in 1929. As of July 2010, approximately one quarter of all surface trade between Canada and the United States passed over it.

[7] Between 2004 and 2013, the Company purchased 114 residential properties in Windsor to the immediate west of the bridge, intending eventually to demolish the homes and use the land to facilitate maintenance and expansion of the bridge and its associated facilities.

[8] These purchases have been a source of considerable tension between the Company and the City of Windsor. The City believes the Company has abandoned and neglected the properties and they have become a blight on the Olde Sandwich Towne neighbourhood.

résidentielles de la Société. Le litige doit plutôt être tranché par la Cour supérieure de justice de l’Ontario. J’accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

[5] The Canadian Transit Company a été constituée en personne morale en 1921, par une loi spéciale du Parlement, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57 (« *Loi sur la CTC* »). Sous réserve de certains autres textes de loi, la *Loi sur la CTC* habilitait la Société à « construire, entretenir et mettre en service un pont [. . .] de circulation générale sur la rivière Détroit [. . .] ainsi que tous les abords, moyens d’exploitation de tête de ligne, machineries et accessoires nécessaires » et à « acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont [. . .] et construire et ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu’au pont, venant du pont, et sur le pont » (al. 8(a) et (e)). Aux termes de la *Loi sur la CTC*, « [l]es travaux et l’entreprise » de la Société ont également été déclarés être d’utilité publique au Canada (art. 2), ce qui établissait la compétence fédérale conférée par l’al. 92(10)(c) et le par. 91(29) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[6] Le pont Ambassador a été inauguré en 1929. Au mois de juillet 2010, un quart environ de tout le commerce terrestre entre le Canada et les États-Unis passait sur ce pont.

[7] De 2004 à 2013, la Société a acquis 114 propriétés résidentielles à Windsor, juste à l’ouest du pont, en vue de démolir les maisons par la suite et d’utiliser les terrains pour faciliter l’entretien ainsi que l’agrandissement du pont et de ses installations connexes.

[8] Ces acquisitions sont à l’origine de tensions considérables entre la Société et la Ville de Windsor. Cette dernière estime que la Société a abandonné et négligé les propriétés, et que celles-ci enlaidissent maintenant le quartier Olde Sandwich Towne.

[9] In September 2013, the City issued repair orders against all 114 properties pursuant to its *Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011. The Company appealed the repair orders to the Property Standards Committee, with mixed success: the Committee decided that the Company could demolish 83 homes but deferred decision on the remaining 31 properties pending further negotiation between the parties. On further appeal by the City, the Committee upheld the City's original repair orders for the 31 properties.

[10] The Company and the City both appealed the Committee's decisions to the Ontario Superior Court of Justice.

[11] The Company also applied to the Federal Court, with notice to the City, for declarations to the effect that the Company has certain rights under the *CTC Act* which supersede the By-law and any repair orders issued under it.

[12] Pursuant to r. 221(1)(a) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the City moved to strike the Company's notice of application on the ground that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application.

[13] By agreement between the parties, the Ontario Superior Court of Justice appeals have been held in abeyance pending determination of the Federal Court motion to strike.

III. Statutory Provisions

[14] The Federal Court was established by Parliament under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, which provides as follows:

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of

[9] En septembre 2013, la Ville a donné des ordres de réparation visant l'ensemble des 114 propriétés, en vertu de son règlement 147-2011 intitulé *Property Standards By-law* (« Règlement »). La Société a interjeté appel à l'encontre des ordres de réparation devant le Property Standards Committee (« Comité »), obtenant un succès relatif : le Comité a décidé que la Société pouvait démolir 83 maisons, mais il a reporté sa décision à l'égard des 31 autres propriétés, pendant la poursuite des négociations entre les parties. À l'issue d'un appel interjeté ensuite par la Ville, le Comité a maintenu les ordres de réparation initiaux de la Ville visant ces 31 propriétés.

[10] Tant la Société que la Ville ont fait appel de la décision du Comité devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario.

[11] La Société a également demandé à la Cour fédérale des déclarations suivant lesquelles la Société possédait, en vertu de la *Loi sur la CTC*, certains droits qui l'emportaient sur le Règlement ainsi que sur tout ordre de réparation donné sous son régime, et elle a notifié la Ville de la présentation de cette demande.

[12] La Ville a déposé, en vertu de l'al. 221(1)a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, une requête en radiation de l'avis de demande de la Société, au motif que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de la demande.

[13] Du consentement des parties, les appels devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario ont été suspendus en attendant la décision de la Cour fédérale sur la requête en radiation.

III. Dispositions législatives

[14] Le Parlement a constitué la Cour fédérale en vertu de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel prévoit ce qui suit :

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale

any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

[15] Pursuant to this constitutional authority, Parliament created the Federal Court “for the better Administration of the Laws of Canada” in 1971 (*Federal Court Act*, R.S.C. 1970, c. 10 (2nd Supp.)). Federal court jurisdiction is now governed by the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7.

[16] The provision at the heart of this appeal is s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, on which the Company relies to establish the jurisdiction of the Federal Court:

23 Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects:

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[17] The *Federal Courts Act* defines “relief” to include “every species of relief, whether by way of damages, payment of money, injunction, declaration, restitution of an incorporeal right, return of land or chattels or otherwise” (s. 2).

IV. Decisions Below

A. *Federal Court*, 2014 FC 461, 455 F.T.R. 154 — *Shore J.*

[18] Shore J. observed that the Company is not challenging a specific decision of a federal body, as is normally the case in the Federal Court. He stated that the Company is effectively seeking a legal opinion — i.e., declarations about the applicability of the *CTC Act* — and concluded the Federal Court does not have the authority to grant such a remedy.

d’appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

[15] En application de ce pouvoir constitutionnel, le Parlement a créé en 1971 la Cour fédérale « pour la meilleure administration des lois du Canada » (*Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e suppl.)). La compétence de la Cour fédérale est maintenant régie par la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7.

[16] La disposition au cœur du présent pourvoi est l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, sur lequel s’appuie la Société pour établir la compétence de la Cour fédérale :

23 Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière :

c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[17] Dans la *Loi sur les Cours fédérales*, le mot « réparation » est défini comme étant « [t]oute forme de réparation en justice, notamment par voie de dommages-intérêts, de compensation pécuniaire, d’injonction, de déclaration, de restitution de droit incorporel, de bien meuble ou immeuble » (art. 2).

IV. Décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour fédérale*, 2014 CF 461 — *le juge Shore*

[18] Le juge Shore a fait observer que la Société ne conteste pas une décision particulière d’un organisme fédéral, comme c’est normalement le cas devant la Cour fédérale. Il a déclaré que la Société sollicite en fait un avis juridique — c’est-à-dire des déclarations au sujet de l’applicabilité de la *Loi sur la CTC* — et il a conclu que la Cour fédérale

Shore J. held that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* merely confers on the Federal Court jurisdiction over certain proceedings: it does not grant any right of appeal or judicial review to any person, nor does it give the Federal Court the authority to give a purely declaratory remedy. Accordingly, Shore J. struck the Company's notice of application for want of jurisdiction.

B. *Federal Court of Appeal, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265 — Dawson, Stratas and Scott J.J.A.*

[19] Stratas J.A., writing for the court, applied the three-pronged test for determining whether the Federal Court has jurisdiction set out by this Court in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at p. 766. He noted that, under the *ITO* test, the Federal Court has jurisdiction when (1) a statute grants jurisdiction to the court, (2) federal law nourishes the grant of jurisdiction and is essential to the disposition of the case, and (3) that federal law is constitutionally valid.

[20] With respect to the statutory grant of jurisdiction, the Federal Court of Appeal concluded that s. 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court, empowering parties to seek a declaration “in relation to . . . works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province” (para. 27). Here, the Company is seeking declarations in relation to the Ambassador Bridge, which extends beyond the limits of Ontario.

[21] As to the second part of the *ITO* test, “sufficient” federal law is at issue because the Federal Court will have to determine whether the residential properties are part of the works and undertakings regulated by the *CTC Act* — a federal statute — and the extent to which the *CTC Act* itself regulates conflicts between the Company and the City.

n'avait pas le pouvoir d'accorder une telle réparation. Le juge Shore a statué que l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère simplement à la Cour fédérale une compétence à l'égard de certaines procédures : cette disposition n'accorde à personne un droit d'appel ou de contrôle judiciaire, et n'autorise pas la Cour fédérale à rendre un jugement purement déclaratoire. Il a en conséquence radié l'avis de demande de la Société pour défaut de compétence.

B. *La Cour d'appel fédérale, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265 — les juges Dawson, Stratas et Scott*

[19] Pour trancher la question de savoir si la Cour fédérale a compétence, le juge Stratas, qui a rédigé la décision de la cour, a appliqué le critère à trois volets établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, p. 766. Il a fait remarquer que, selon ce critère, la Cour fédérale a compétence quand il est satisfait aux trois volets suivants : (1) une loi lui attribue compétence; (2) le droit fédéral constitue le fondement de l'attribution de sa compétence et est essentiel à la solution du différend; et (3) la loi fédérale est constitutionnellement valide.

[20] Pour ce qui est de l'attribution législative de compétence, la Cour d'appel fédérale a conclu que l'al. 23c) confère compétence à la Cour fédérale et habilite des parties à demander une déclaration « en matière [. . .] d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province » (par. 27). En l'espèce, la Société sollicite des déclarations relativement au pont Ambassador, lequel s'étend au-delà des limites de l'Ontario.

[21] Quant au deuxième volet du critère *ITO*, la Cour d'appel fédérale a statué que le droit fédéral joue un « rôle suffisant » parce que la Cour fédérale devra décider si les propriétés résidentielles font partie des ouvrages régis par la *Loi sur la CTC* — une loi fédérale — et dans quelle mesure la *Loi sur la CTC* elle-même régit les conflits entre la Société et la Ville.

[22] Finally, the *CTC Act* is constitutionally valid. Thus, the Federal Court of Appeal concluded that all three parts of the *ITO* test are met and the Federal Court has jurisdiction.

[23] During oral argument the Federal Court of Appeal raised an additional issue which had not been considered by Shore J. at first instance: whether the Federal Court has the remedial power, when the *ITO* test is met, to declare a law inapplicable by the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by the doctrine of paramountcy. This issue is discussed at some length in the reasons; the court ultimately concluded that the Federal Court has the power to make constitutional declarations about the validity, applicability and operability of legislation.

V. Analysis

[24] The sole issue is whether the Federal Court has jurisdiction under the *ITO* test to hear the Company's application. If it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear this application, the motion to strike must succeed (*Hodgson v. Ermineskin Indian Band* (2000), 180 F.T.R. 285). First, I identify the essential nature of the Company's claim. I then review the role and jurisdiction of the Federal Court before applying the *ITO* test for jurisdiction. Given my conclusion that the Federal Court does not have jurisdiction to hear this matter, it is unnecessary to address the issue of whether the court should decline to exercise jurisdiction.

A. *Essential Nature of the Company's Claim*

[25] In order to decide whether the Federal Court has jurisdiction over a claim, it is necessary to determine the essential nature or character of that claim (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v.*

[22] Enfin, la Cour d'appel fédérale a jugé que la *Loi sur la CTC* est constitutionnellement valide. La cour a donc conclu qu'il avait été satisfait aux trois volets du critère *ITO* et que la Cour fédérale avait compétence.

[23] Au cours des plaidoiries, la Cour d'appel fédérale a soulevé une question additionnelle, que le juge Shore n'avait pas examinée en première instance : celle de savoir si, dans les cas où il est satisfait aux trois volets du critère *ITO*, la Cour fédérale peut, à titre de réparation, déclarer qu'une règle de droit est soit inapplicable en raison de la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences, soit inopérante par l'effet de la doctrine de la prépondérance. Cette question est analysée assez longuement dans les motifs; en fin de compte, la cour a conclu que la Cour fédérale a le pouvoir de prononcer, au regard de la Constitution, des déclarations concernant la validité, l'applicabilité et l'effet des lois.

V. Analyse

[24] La seule question litigieuse consiste à décider si la Cour fédérale a compétence, suivant le critère de l'arrêt *ITO*, pour connaître de la demande de la Société. Si la Cour fédérale n'a manifestement pas compétence pour connaître de cette demande, la requête en radiation doit être accueillie (*Hodgson c. Bande indienne d'Ermineskin n° 942*, 2000 CanLII 15066 (C.F. 1^{re} inst.)). Je vais d'abord dégager la nature essentielle de la demande de la Société, puis j'examinerai le rôle et la compétence de la Cour fédérale avant d'appliquer le critère établi dans l'arrêt *ITO* pour statuer sur la compétence. Ayant conclu que la Cour fédérale n'a pas compétence pour connaître de cette affaire, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si la cour devrait refuser d'exercer sa compétence.

A. *La nature essentielle de la demande de la Société*

[25] Afin de décider si la Cour fédérale a compétence sur une demande, il est nécessaire de déterminer la nature ou le caractère essentiel de cette demande (*JP Morgan Asset Management (Canada)*

Canada (National Revenue), 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, at para. 50; *Sifto Canada Corp. v. Minister of National Revenue*, 2014 FCA 140, 461 N.R. 184, at para. 25). As discussed in further detail below, s. 23(c) of the *Federal Courts Act* only grants jurisdiction to the Federal Court when a claim for relief has been made, or a remedy has been sought, “under an Act of Parliament or otherwise”. The conferral of jurisdiction depends on the nature of the claim or remedy sought. Determining the claim’s essential nature allows the court to assess whether it falls within the scope of s. 23(c). Jurisdiction is not assessed in a piecemeal or issue-by-issue fashion.

[26] The essential nature of the claim must be determined on “a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant” (*Domtar Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200, at para. 28, per Sharlow J.A.). The “statement of claim is not to be blindly read at its face meaning” (*Roitman v. Canada*, 2006 FCA 266, 353 N.R. 75, at para. 16, per Décary J.A.). Rather, the court must “look beyond the words used, the facts alleged and the remedy sought and ensure . . . that the statement of claim is not a disguised attempt to reach before the Federal Court a result otherwise unreachable in that Court” (*ibid.*; see also *Canadian Pacific Railway v. R.*, 2013 FC 161, [2014] 1 C.T.C. 223, at para. 36; *Verdicchio v. R.*, 2010 FC 117, [2010] 3 C.T.C. 80, at para. 24).

[27] On the other hand, genuine strategic choices should not be maligned as artful pleading. The question is whether the court has jurisdiction over the particular claim the claimant has chosen to bring, not a similar claim the respondent says the claimant really ought, for one reason or another, to have brought.

[28] In its pleadings at the Federal Court, the Company seeks the following relief:

Inc. c. Canada (Revenu national), 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, par. 50; *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140, par. 25 (CanLII)). Comme je l’explique en détail ci-après, l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* confère compétence à la Cour fédérale uniquement à l’égard d’une demande de réparation ou d’un autre recours exercé « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». L’attribution de compétence dépend de la nature de la demande ou du recours exercé. Le fait de déterminer la nature essentielle de la demande permet au tribunal de décider si celle-ci relève de l’al. 23c). La compétence ne s’apprécie pas au cas par cas ou au regard d’une question litigieuse à la fois.

[26] Il faut dégager la nature essentielle de la demande selon « une appréciation réaliste du résultat concret visé par le demandeur » (*Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218, par. 28 (CanLII), la juge Sharlow). La « déclaration [du demandeur] ne doit pas être prise au pied de la lettre » (*Roitman c. Canada*, 2006 CAF 266, par. 16 (CanLII), le juge Décary). Le tribunal doit plutôt « aller au-delà des termes employés, des faits allégués et de la réparation demandée, et il doit s’assurer que la déclaration ne constitue pas une tentative déguisée visant à obtenir devant la Cour fédérale un résultat qui ne peut par ailleurs pas être obtenu de cette cour » (*ibid.*, voir aussi *Canadian Pacific Railway c. R.*, 2013 CF 161, [2014] 1 C.T.C. 223, par. 36; *Verdicchio c. Canada*, 2010 CF 117, par. 24 (CanLII)).

[27] Par ailleurs, de véritables choix stratégiques ne devraient pas être dénigrés sous prétexte qu’ils constituent d’astucieux arguments. La question consiste à se demander si la cour a compétence à l’égard de la demande précise que le demandeur a choisi d’introduire, et non pas à l’égard d’une demande similaire que, de l’avis du défendeur, le demandeur aurait plutôt dû présenter, pour une raison ou une autre.

[28] Dans ses actes de procédure dans l’instance introduite en Cour fédérale, la Société sollicite les réparations suivantes :

1. A declaration that the Ambassador Bridge, including its approaches, terminal facilities, machinery and appurtenances, is a federal undertaking;

2. A declaration that the applicant The Canadian Transit Company (“CTC”) has, pursuant to its enabling legislation, *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, 11-12 George V., 1921, c. 57, as amended (the “CTC Act”):

- (a) the right to purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the Ambassador Bridge and its terminal yards, including its accommodation works and facilities, as CTC thinks necessary in its discretion;
- (b) the right to expropriate and take an easement in, over, under or through any lands without the necessity of acquiring a title in fee simple thereto; and
- (c) an obligation, as set out in By-Law Number 1606 of The Town of Sandwich (“Sandwich By-Law”), to keep and maintain the Ambassador Bridge and all works connected therewith in good order and condition and of sufficient strength and capacity at all times to sustain and protect such machinery and structures and also the vehicles and traffic that may be carried or allowed thereon;

3. A declaration that, pursuant to paragraphs 1 and 2 above, the Corporation of the City of Windsor By-Law Number 147-2011, titled a By-Law to Establish Standards for the Maintenance and Occupancy of All Property in the City of Windsor and to Repeal By-Law 156-2005 (the “By-Law”), does not apply to properties purchased, leased or otherwise acquired and held by CTC pursuant to its enabling legislation;

4. A declaration that certain properties purchased by CTC which are immediately west of and/or adjacent to the Ambassador Bridge (the “Properties”) are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge;

(A.R., vol. I, at pp. 47-48)

[29] Although the Company has tied each of these declarations to the *CTC Act*, the main federal legislation involved, it is clear that what the Company

[TRADUCTION]

1. Une déclaration portant que le pont Ambassador, y compris ses abords, moyens d’exploitation de tête de ligne, machineries et accessoires, constitue un ouvrage fédéral;

2. Une déclaration portant que la demanderesse, The Canadian Transit Company (« CTC »), a, en vertu de sa loi habilitante, la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, 11-12 George V, 1921, c. 57, et modifications (la « Loi sur la CTC ») :

- a) le droit d’acheter, de louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour les besoins du pont Ambassador et de ses parcs de tête de ligne, y compris ses ouvrages et installations, suivant ce que la CTC juge nécessaire;
- b) le droit d’exproprier et de créer une servitude dans, sur, en dessous ou à travers tous terrains sans qu’il soit nécessaire de les acquérir en pleine et entière propriété;
- c) une obligation, énoncée dans le règlement 1606 de la Ville de Sandwich (le « Règlement de Sandwich »), d’entretenir le pont Ambassador et tous les ouvrages connexes pour qu’ils soient en bon état et en bonne condition, et d’une solidité et d’une capacité suffisantes, en tout temps pour le maintien et la protection d’une telle machinerie et de telles structures ainsi que des véhicules et du trafic qui peuvent y passer ou y être admis;

3. Une déclaration portant que, conformément aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus, le règlement 147-2011 de la Ville de Windsor, intitulé By-Law to Establish Standards for the Maintenance and Occupancy of All Property in the City of Windsor and to Repeal By-Law 156-2005 (le « Règlement »), ne s’applique pas aux propriétés achetées, louées ou autrement acquises et détenues par la CTC en vertu de sa loi habilitante;

4. Une déclaration portant que certaines propriétés achetées par la CTC qui sont situées immédiatement à l’ouest du pont Ambassador et/ou adjacentes à celui-ci (les « propriétés ») sont nécessaires pour l’exploitation et l’entretien continu du pont Ambassador;

(d.a., vol. I, p. 47-48)

[29] Bien que la Société ait rattaché chacune de ces déclarations à la *Loi sur la CTC*, la principale loi fédérale en cause, il est évident que ce qu’elle cherche,

ultimately seeks is immunity from the requirements of the By-law. The third declaration — that the By-law does not apply to the properties — is the essence of the Company’s claim. There has been no suggestion by the Company that the other declarations — that the Ambassador Bridge is a federal undertaking, that the Company enjoys certain rights under the *CTC Act*, and that the properties are necessary for the continued operation of the bridge — would be worthwhile pursuing in the absence of the third declaration. Adopting “a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant” (*Domtar*, at para. 28), the real issue is whether the Company’s rights under the *CTC Act* are subject to the By-law. The first, second and fourth declarations sought by the Company are valuable to the Company only to the extent they help it establish, by the doctrines of interjurisdictional immunity or paramountcy, that the By-law is inapplicable or inoperative against the Company. In essence, the Company’s claim is simply that it is not required to comply with the By-law and repair the properties as the City has ordered.

[30] Stated generally, the issue is whether the Federal Court has jurisdiction to decide a claim that a municipal by-law is constitutionally inapplicable or inoperative in relation to a federal undertaking.

B. *Overview of the Role and Jurisdiction of the Federal Court*

[31] The role and jurisdiction of the Federal Court appear most clearly when seen through the lens of the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*. Section 96 recognized the superior courts of general jurisdiction which already existed in each province at the time of Confederation. Section 101 empowered Parliament to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada” — i.e., to establish new courts to administer federal law (*R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at p. 707; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at pp. 1065-66; *Consolidated*

en définitive, c’est de se soustraire aux exigences du Règlement. La troisième déclaration sollicitée — que le Règlement ne s’applique pas à ses propriétés — constitue l’essence de la demande de la Société. Celle-ci ne laisse aucunement entendre que les autres déclarations — portant que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral, que la Société jouit de certains droits en vertu de la *Loi sur la CTC* et que les propriétés sont nécessaires pour l’exploitation continue du pont — vaudraient la peine d’être sollicitées en l’absence de la troisième déclaration. Si l’on adopte « une appréciation réaliste du résultat concret visé par [la demanderesse] » (*Domtar*, par. 28), la véritable question est de savoir si les droits que la *Loi sur la CTC* confère à la Société sont assujettis au Règlement. Les première, deuxième et quatrième déclarations que sollicite la Société n’ont de la valeur pour elle que dans la mesure où elles l’aident à démontrer, au moyen de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou de celle de la prépondérance, que le Règlement est inapplicable ou inopérant à l’égard de la Société. Essentiellement, la Société prétend simplement qu’elle n’est pas tenue de se conformer au Règlement et de réparer les propriétés, comme la Ville lui a ordonné de le faire.

[30] Exprimée de façon générale, la question consiste à décider si la Cour fédérale a compétence pour statuer sur une demande alléguant qu’un règlement municipal est constitutionnellement inapplicable ou inopérant à l’égard d’un ouvrage fédéral.

B. *Aperçu du rôle et de la compétence de la Cour fédérale*

[31] Le rôle et la compétence de la Cour fédérale ressortent très clairement lorsqu’on les considère à la lumière des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire. L’article 96 a reconnu les cours supérieures de compétence générale qui existaient déjà dans chaque province au moment de la Confédération. L’article 101 a habilité le Parlement à établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada » — c’est-à-dire à établir de nouveaux tribunaux pour administrer les lois fédérales (*R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, p. 707; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien*

Distilleries, Ltd. v. The King, [1933] A.C. 508 (P.C.), at pp. 520-22). Parliament exercised this power in 1875 when it enacted legislation creating the Exchequer Court of Canada, which ultimately became the Federal Court of Canada (see *The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11). The Federal Court plays an important role in the interpretation and development of federal law in matters over which it has been granted jurisdiction.

[32] The provincial superior courts recognized by s. 96 “have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country” (*Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 327, per Estey J.). Provincially administered (s. 92(14)) and federally appointed (ss. 96 and 100), they weave together provincial and federal concerns and act as a strong unifying force within our federation. As courts of general jurisdiction, the superior courts have jurisdiction in all cases except where jurisdiction has been removed by statute (*Québec Téléphone v. Bell Telephone Co. of Canada*, [1972] S.C.R. 182, at p. 190). The inherent jurisdiction of the superior courts can be constrained by legislation, but s. 96 of the *Constitution Act, 1867* protects the essential nature and powers of the provincial superior courts from legislative incursion (*Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 18; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 15).

[33] The Federal Court, by contrast, has only the jurisdiction it has been conferred by statute.¹ It is a statutory court, created under the constitutional authority of s. 101, without inherent jurisdiction. While the Federal Court plays a critical role in our judicial system, its jurisdiction is not

¹ This includes powers which, although not expressly conferred by statute, are “necessarily implied in the [statutory] grant of power to function as a court of law”, such as the power to control the court’s processes (*R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 19, per Rothstein J.).

Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries, Ltd. c. The King*, [1933] A.C. 508 (C.P.), p. 520-522). Le Parlement a exercé ce pouvoir en 1875, lorsqu’il a édicté la loi créant la Cour de l’Échiquier du Canada, qui est devenue par la suite la Cour fédérale du Canada (voir *Acte de la Cour Suprême et de l’Échiquier*, S.C. 1875, c. 11). La Cour fédérale joue un rôle important dans l’interprétation et l’évolution du droit fédéral dans les matières qui relèvent de sa compétence.

[32] Les cours supérieures provinciales reconnues par l’art. 96 « ont toujours occupé une position de premier plan à l’intérieur du régime constitutionnel de ce pays » (*Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 327, le juge Estey). Administrées par les provinces (par. 92(14)) et composées de juges nommés par le fédéral (art. 96 et 100), elles incorporent les intérêts provinciaux et fédéraux, et servent d’élément unificateur puissant au sein de notre fédération. En tant que cours de compétence générale, les cours supérieures ont compétence en toutes matières, sauf lorsqu’une loi la leur enlève (*Québec Téléphone c. Compagnie de Téléphone Bell du Canada*, [1972] R.C.S. 182, p. 190). La compétence inhérente des cours supérieures peut être restreinte par des dispositions législatives, mais l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* protège la nature essentielle et les pouvoirs des cours supérieures provinciales d’une atteinte par voie législative (*Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 18; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 15).

[33] À l’inverse, la Cour fédérale possède uniquement la compétence qui lui est conférée par la loi¹. Il s’agit d’une cour d’origine législative, qui a été créée en application du pouvoir constitutionnel prévu à l’art. 101 et qui n’est pas dotée d’une compétence inhérente. La Cour fédérale joue un rôle primordial

¹ Cette compétence comprend des pouvoirs qui, bien qu’ils ne soient pas conférés expressément par la loi, « s’inferent nécessairement du pouvoir [d’origine législative] de constituer une cour de justice », par exemple le pouvoir de faire respecter la procédure du tribunal (*R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 19, le juge Rothstein).

constitutionally protected in the same way as that of a s. 96 court. It can act only within the constitutional boundaries of s. 101 and the confines of its statutory powers.² As this Court noted in *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, at p. 331, “[b]ecause the Federal Court is without any inherent jurisdiction such as that existing in provincial superior courts, the language of the [*Federal Court Act*] is completely determinative of the scope of the Court’s jurisdiction.”

C. *The ITO Test for Jurisdiction*

[34] This Court held in *ITO* that a statutory grant of jurisdiction is necessary, but not alone sufficient, for the Federal Court to have jurisdiction in a given case. Because Parliament established the Federal Court pursuant to its competence, under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, to establish “additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada”, the role of the Federal Court is constitutionally limited to administering “the Laws of Canada”, which in this context means federal law (*Thomas Fuller*, at p. 707; *Quebec North Shore*, at pp. 1065-66; *Consolidated Distilleries*, at pp. 521-22). The three-part *ITO* test for jurisdiction is designed to ensure the Federal Court does not overstep this limited role (*ITO*, at p. 766, per McIntyre J.):

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.
2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

² Although the *Federal Courts Act* describes the Federal Court as a “superior court” (ss. 3 and 4), this description means only that its jurisdiction is “supervisory” (*Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [1975] 1 S.C.R. 228, at p. 233, per Pigeon J.). The Federal Court is not a superior court in the true sense of possessing inherent jurisdiction.

dans notre système judiciaire, mais sa compétence n’est pas protégée par la Constitution de la même façon que celle des cours visées à l’art. 96. Elle ne peut agir qu’à l’intérieur des limites constitutionnelles établies par l’art. 101 et des pouvoirs qui lui ont été conférés par la loi². Comme l’a fait remarquer notre Cour dans *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322, p. 331, « [p]arce que la Cour fédérale n’a aucune compétence inhérente comme celle des cours supérieures des provinces, c’est le texte de la [*Loi sur la Cour fédérale*] qui détermine complètement l’étendue de la compétence de la cour. »

C. *Le critère de l’arrêt ITO déterminatif de la compétence*

[34] Dans l’arrêt *ITO*, notre Cour a jugé qu’une attribution législative de compétence était nécessaire, mais insuffisante, à elle seule, pour conférer à la Cour fédérale compétence dans une affaire donnée. Étant donné que le Parlement a établi la Cour fédérale en application de la compétence que lui reconnaît l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir « des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada », le rôle de la Cour fédérale se limite constitutionnellement à administrer les « lois du Canada », une expression qui, dans le présent contexte, s’entend des lois fédérales (*Thomas Fuller*, p. 707; *Quebec North Shore*, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries*, p. 521-522). Le critère à trois volets déterminatif de la compétence élaboré dans l’arrêt *ITO* vise à faire en sorte que la Cour fédérale n’outrepasse pas ce rôle limité (*ITO*, p. 766, le juge McIntyre) :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.
2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.

² Bien que la *Loi sur les Cours fédérales* décrive la Cour fédérale comme une « cour supérieure » (art. 3 et 4), cela signifie seulement que sa compétence en est une de « surveillance » (*Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [1975] 1 R.C.S. 228, p. 233, le juge Pigeon). La Cour fédérale n’est pas une véritable cour supérieure possédant une compétence inhérente.

3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[35] The first part of this test addresses the specific statutory grant of jurisdiction. There is a certain degree of overlap between the second and third aspects of this test, which both address the need to stay within the constitutional limits of s. 101.

D. *ITO Part 1: Statutory Grant of Jurisdiction*

[36] The first part of the *ITO* test requires that a federal statute grant jurisdiction to the Federal Court.

[37] The Federal Court of Appeal found, and the Company submits, that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* grants jurisdiction over the Company’s application. I cannot agree.

[38] Once again, s. 23(c) reads as follows:

23 Except to the extent that jurisdiction has been otherwise specially assigned, the Federal Court has concurrent original jurisdiction, between subject and subject as well as otherwise, in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to any matter coming within any of the following classes of subjects:

(c) works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[39] As the text of the provision indicates, s. 23(c) grants jurisdiction to the Federal Court only when three criteria are met:

(1) jurisdiction must not have been “specially assigned” to another court;

3. La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[35] Le premier volet de ce critère traite de l’existence d’une attribution spécifique de compétence par une loi. Les deuxième et troisième volets de ce critère présentent un certain degré de chevauchement en ce qu’ils portent tous les deux sur la nécessité du respect des limites constitutionnelles établies par l’art. 101.

D. *Le premier volet du critère ITO : attribution législative de compétence*

[36] Le premier volet du critère *ITO* exige qu’une loi fédérale attribue la compétence à la Cour fédérale.

[37] La Cour d’appel fédérale a conclu, et la Société soutient, que l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* attribue à la Cour fédérale compétence à l’égard de la demande de la Société. Je ne peux souscrire à cette proposition.

[38] Voici encore une fois le texte de l’al. 23c) :

23 Sauf attribution spéciale de cette compétence par ailleurs, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans tous les cas — opposant notamment des administrés — de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière :

c) d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[39] Comme l’indique son libellé, l’al. 23c) attribue compétence à la Cour fédérale uniquement dans les cas où il est satisfait à trois critères :

(1) la compétence ne doit pas avoir été l’objet d’une « attribution spéciale » à une autre cour;

- (2) the claim for relief must be made, or the remedy must be sought, “under an Act of Parliament or otherwise”; and,
- (3) the claim for relief must be made, or the remedy must be sought, “in relation to” a work or undertaking connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province.

[40] Only the second criterion is at issue in this appeal. In *Quebec North Shore*, this Court interpreted the phrase “under an Act of the Parliament of Canada or otherwise” (as it read then) to mean under “federal law, whether under statute or regulation or common law” and concluded “[s]ection 23 requires that the claim for relief be one sought under such law” (p. 1066 (emphasis added)). Laskin C.J. reasoned that provisions of the *Federal Court Act* which confer jurisdiction on the Federal Court should not be interpreted as unconstitutionally exceeding Parliament’s competence under s. 101 of the *Constitution Act, 1867* to establish courts for the better administration of federal law (pp. 1057-58).

[41] *Quebec North Shore* makes clear that s. 23 grants jurisdiction to the Federal Court only when the claimant is seeking relief under federal law. As I read *Quebec North Shore*, the implication is that the claimant’s *cause of action*, or the right to seek relief, must be created or recognized by a federal statute, a federal regulation or a rule of the common law dealing with a subject matter of federal legislative competence. This is what it means to seek relief “under” federal law in s. 23.

[42] In *Roberts*, for example, Wilson J. offered this paraphrase of *Quebec North Shore*: “. . . the cause of action must be founded ‘on some existing federal law, whether statute or regulation or common law’” (p. 339, quoting *Quebec North Shore*, at p. 1066 (emphasis added)). If the claimant’s cause

- (2) la demande de réparation doit être faite, ou le recours doit être exercé, « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit »;
- (3) la demande de réparation doit être faite, ou le recours doit être exercé, « en matière » d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province.

[40] Seul le deuxième critère est en cause dans le présent pourvoi. Dans *Quebec North Shore*, notre Cour a considéré que l’expression « en vertu d’une loi du Parlement du Canada ou autrement » (elle était alors formulée ainsi) s’entend « d’une législation fédérale [. . .], que ce soit une loi, un règlement ou la *common law* » et elle a conclu que « [l]’article 23 exige que la demande de redressement soit faite en vertu de pareille loi » (p. 1066 (je souligne)). Le juge en chef Laskin a expliqué que les dispositions de la *Loi sur la Cour fédérale* conférant compétence à la Cour fédérale ne devaient pas être interprétées d’une façon qui outrepasserait inconstitutionnellement le pouvoir du Parlement sous le régime de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’établir des cours pour la meilleure administration du droit fédéral (p. 1057-1058).

[41] Il ressort clairement de l’arrêt *Quebec North Shore* que l’art. 23 attribue compétence à la Cour fédérale seulement lorsque le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédéral. Selon mon interprétation de cet arrêt, il en découle que la *cause d’action* du demandeur ou le droit de solliciter une réparation doit être créé ou reconnu par une loi fédérale, un règlement fédéral ou une règle de common law traitant d’un sujet relevant du pouvoir de légiférer du fédéral. C’est ce que signifie, à l’art. 23, demander une réparation « sous le régime » du droit fédéral.

[42] Dans l’arrêt *Roberts*, par exemple, la juge Wilson a paraphrasé en ces termes l’arrêt *Quebec North Shore* : « . . . la cause d’action doit relever de “la législation fédérale applicable, que ce soit une loi, un règlement ou la *common law*” » (p. 339, citant *Quebec North Shore*, p. 1066 (je souligne)). Si

of action or right to seek relief is not created or recognized by federal law, s. 23 does not confer jurisdiction on the Federal Court.

[43] Thus, in *Quebec North Shore* itself, s. 23 did not confer jurisdiction: although the claimants were seeking relief in relation to an extra-provincial undertaking, the claimants were not seeking relief under federal law. Rather, the claimants were seeking relief under the Quebec law of contract. Similarly, in *Norral Transport Inc. v. Canadian Pacific Ltd.* (1998), 154 F.T.R. 161, which also involved an extra-provincial undertaking, s. 23 did not confer jurisdiction because the causes of action were in the Quebec law of contract and the Quebec law of fault.

[44] By contrast, s. 23 did confer jurisdiction in *Prudential Assurance Co. v. Canada*, [1993] 2 F.C. 293 (C.A.), which was a claim for damages brought under the federal *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26. *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), was another claim for damages under the federal *Carriage by Air Act* in which s. 23 was held to confer jurisdiction. The claimants in that case brought a tort claim as well; however, the majority of the Federal Court of Appeal held that s. 23 did not confer jurisdiction over the tort claim.

[45] The Federal Court of Appeal in this case did not consider whether the Company was seeking relief under federal law, nor did it refer to *Quebec North Shore*. The court's paraphrase of s. 23(c) — that it empowers a party to seek a declaration in relation to works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province (para. 27) — suggests it is sufficient if the subject matter of the litigation is an extra-provincial undertaking. This paraphrase does not acknowledge or give any meaning to the requirement that relief be sought “under an Act of Parliament or otherwise”.

la cause d'action du demandeur ou son droit de solliciter une réparation n'est pas créé ou reconnu par le droit fédéral, l'art. 23 ne confère pas compétence à la Cour fédérale.

[43] Ainsi, dans l'affaire *Quebec North Shore* elle-même, l'art. 23 ne conférait pas compétence : même si les demanderesse sollicitaient une réparation en lien avec un ouvrage extra-provincial, elles ne le faisaient pas sous le régime du droit fédéral. En effet, elles demandaient plutôt une réparation en vertu du droit contractuel du Québec. De même, dans *Norral Transport Inc. c. Canadien Pacifique Ltée*, 1998 CanLII 7641 (C.F. 1^{re} inst.), qui concernait également un ouvrage extra-provincial, la cour a jugé que l'art. 23 ne conférait pas compétence parce que les causes d'action relevaient du droit du Québec en matière de contrats et de responsabilité civile.

[44] Par contre, l'art. 23 conférait bel et bien compétence dans *Prudential Assurance Co. c. Canada*, [1993] 2 C.F. 293 (C.A.), qui portait sur une demande de dommages-intérêts présentée en vertu d'une loi fédérale, la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, c. C-26. Dans l'arrêt *Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), qui concernait lui aussi une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Loi sur le transport aérien*, la Cour d'appel fédérale a jugé que l'art. 23 conférait compétence. Les demanderesse dans cette affaire avaient également intenté une action en responsabilité délictuelle; les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont toutefois statué que l'art. 23 ne conférait pas compétence à l'égard de cette action.

[45] En l'espèce, la Cour d'appel fédérale n'a pas examiné la question de savoir si la Société sollicitait une réparation sous le régime du droit fédéral, et elle ne s'est pas non plus référée à l'arrêt *Quebec North Shore*. La manière dont la cour a paraphrasé l'al. 23c) — à savoir qu'il permet à une partie de demander une déclaration en matière d'ouvrages reliant une province à une autre ou s'étendant au-delà des limites d'une province (par. 27) — tend à indiquer qu'il suffit que l'objet du litige soit un ouvrage extra-provincial. Cette reformulation ne reconnaît pas l'existence de l'exigence que la réparation soit sollicitée « sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit », et ne lui accorde aucun rôle.

[46] This phrase cannot be ignored or rendered superfluous. Section 23(c) confers jurisdiction “in all cases in which a claim for relief is made or a remedy is sought under an Act of Parliament or otherwise in relation to [an extra-provincial undertaking]”. If Parliament had intended the Federal Court to have jurisdiction whenever relief is sought in relation to an extra-provincial undertaking, *whether or not that relief is sought under federal law*, it would not have added the qualifier that the relief must be sought “under an Act of Parliament or otherwise”. The explicit language of s. 23 requires that the relief be sought under — and not merely in relation to — federal law. This is even clearer in the French version of s. 23, which requires relief to be sought “*sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit*”.

[47] The Federal Court of Appeal stated that a broad scope of Federal Court jurisdiction would promote consistency across the country in the interpretation of federal law. However, such an objective does not justify departing from the explicit language of s. 23. I also note that concerns about consistency can cut both ways. The jurisdiction s. 23 confers on the Federal Court is concurrent with the provincial superior courts. Even if this Court accepted that s. 23 granted the Federal Court jurisdiction in cases like this one, litigants could choose to bring their claim in a superior court rather than the Federal Court.

[48] Requiring the right to seek relief to arise directly from federal law brings clarity to the scope of the Federal Court’s concurrent jurisdiction. Giving effect to the explicit wording of s. 23 minimizes jurisdictional disputes by ensuring that litigants know the scope of the Federal Court’s jurisdiction in advance. This will avoid unnecessary litigation, including disputes about whether the court should decline to exercise jurisdiction even if it has jurisdiction to hear the matter.

[46] On ne peut faire abstraction de cette expression ni la rendre superflue. L’alinéa 23c) confère compétence « dans tous les cas [. . .] de demande de réparation ou d’autre recours exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière [d’ouvrage extra-provincial] ». Si le Parlement avait eu l’intention d’attribuer compétence à la Cour fédérale chaque fois qu’une réparation est sollicitée en matière d’ouvrage extra-provincial, *que cette réparation ait été sollicitée ou non sous le régime du droit fédéral*, il n’aurait pas ajouté la précision que la réparation doit être demandée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ». Le texte explicite de l’art. 23 exige que la réparation soit demandée sous le régime du droit fédéral, et non simplement relativement au droit fédéral. Le passage souligné ci-dessus du texte français de l’art. 23 est encore plus clair que la version anglaise correspondante « *under an Act of Parliament or otherwise* ».

[47] La Cour d’appel fédérale a affirmé que, si la Cour fédérale disposait d’une compétence étendue, cela favoriserait une interprétation cohérente du droit fédéral dans tout le pays. Cependant, un tel objectif ne justifie pas que l’on s’écarte du texte explicite de l’art. 23. Je tiens à ajouter que les préoccupations au sujet de la cohérence peuvent jouer dans les deux sens. La compétence conférée par l’art. 23 à la Cour fédérale est concurrente à celle des cours supérieures provinciales. Même si la Cour acceptait que l’art. 23 confère compétence à la Cour fédérale dans les cas tels que celui-ci, les parties pourraient décider de s’adresser à une cour supérieure plutôt qu’à la Cour fédérale.

[48] Exiger que le droit de demander une réparation découle directement du droit fédéral a pour effet de préciser l’étendue de la compétence concurrente de la Cour fédérale. L’application du texte explicite de l’art. 23 minimise les litiges sur des questions de compétence en faisant en sorte que les parties connaissent à l’avance l’étendue de la compétence de la Cour fédérale. On évitera ainsi les litiges inutiles, y compris les différends quant à savoir si le tribunal devrait refuser d’exercer sa compétence à l’égard d’une affaire, même s’il a compétence pour en connaître.

[49] In its written submissions, the Company said it was seeking relief “in relation to” the *CTC Act*. In response to a question asked during oral argument, the Company submitted it is seeking relief under s. 23(c) itself, or alternatively under the *CTC Act*.

[50] The Company stresses that the *Federal Courts Act* defines “relief” to include declarations. In the Company’s submission, this definition means that s. 23(c) gives parties the right to apply to the Federal Court for declarations about extra-provincial undertakings.

[51] This argument cannot be sustained. A definition simply provides the meaning for a term used in the legislation. If Parliament had spelled out the full definition of the defined term “relief” — “every species of relief, whether by way of damages, payment of money, injunction, declaration, restitution of an incorporeal right, return of land or chattels or otherwise” — in s. 23, it would not change the meaning of the words of the provision.

[52] Effect must still be given to the words “is sought under an Act of Parliament or otherwise” in s. 23. Had Parliament intended the *Federal Courts Act* to grant jurisdiction to the Federal Court to provide any relief (as defined broadly) in relation to the classes of subjects enumerated in s. 23, it would simply have said so. It would be circular to reason that s. 23 is self-referential: it is not itself a federal law under which the Company can seek relief, however “relief” is defined. Rather, as Shore J. found at first instance, s. 23 confers on the Federal Court jurisdiction over certain claims, including certain claims for declarations, but does not confer on *parties* the right to make those claims in the first place. For that right, parties must look to other federal law.

[49] Dans ses observations écrites, la Société a affirmé solliciter une réparation « relativement à » la *Loi sur la CTC*. En réponse à une question posée au cours des plaidoiries, la Société a soutenu qu’elle demandait une réparation sous le régime de l’al. 23c) lui-même ou, subsidiairement, sous le régime de la *Loi sur la CTC*.

[50] La Société souligne que les déclarations font partie des mesures énumérées dans la définition de « réparation » dans la *Loi sur les Cours fédérales*. Suivant l’argument de la Société, il découle de cette définition que l’al. 23c) donne aux parties le droit de demander à la Cour fédérale des déclarations visant des ouvrages extra-provinciaux.

[51] On ne saurait retenir cet argument. Une définition indique simplement le sens d’un terme employé dans le texte de loi. Si le Parlement avait répété au complet à l’art. 23 la définition du terme « réparation » — « [t]oute forme de réparation en justice, notamment par voie de dommages-intérêts, de compensation pécuniaire, d’injonction, de déclaration, de restitution de droit incorporel, de bien meuble ou immeuble » —, cela ne changerait pas le sens des mots de la disposition.

[52] Encore faut-il donner effet à l’expression « exercé sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » qui figure à l’art. 23. Si le Parlement avait eu l’intention de conférer à la Cour fédérale, dans la *Loi sur les Cours fédérales*, la compétence d’accorder toute forme de réparation (définie largement) relativement aux différents sujets énumérés à l’art. 23, il l’aurait tout simplement dit. Constituerait un raisonnement circulaire le fait d’affirmer que l’art. 23 renvoie à lui-même : il ne constitue pas, en soi, une règle de droit fédérale sous le régime de laquelle la Société peut demander réparation, quelle que soit la manière dont le terme « réparation » est défini. Au lieu de cela, comme a conclu le juge Shore en première instance, l’art. 23 confère à la Cour fédérale compétence à l’égard de certaines demandes, y compris certaines demandes de déclarations, mais il n’a pas pour effet de conférer aux *parties* le droit de présenter ces demandes en premier lieu. Les parties doivent chercher ce droit dans d’autres règles de droit fédérales.

[53] *Prudential Assurance*, for example, was a claim brought under the *Carriage by Air Act*, which creates a cause of action against air carriers for damage to baggage and cargo. The type of relief the plaintiffs were seeking was damages, which, like declarations, falls within the definition of “relief” in the *Federal Court Act*, but nothing in the jurisdictional analysis turned on the type of relief the plaintiffs were seeking. What mattered was that the plaintiffs were seeking relief under federal law: the cause of action was created by the federal *Carriage by Air Act*. It was the federal *Carriage by Air Act* which gave the plaintiffs the right to seek damages from the carrier.

[54] Other federal causes of action that might satisfy s. 23 include the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, s. 18(1) (a person who has suffered a loss as a result of conduct contrary to certain sections of the Act may, “in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct”), and the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, s. 116(5) (a person “aggrieved by any neglect or refusal of a company to fulfil its service obligations has . . . an action for the neglect or refusal against the company”).

[55] When a party seeks relief under provisions such as these, s. 23 may grant jurisdiction to the Federal Court, assuming the other requirements of s. 23 are met. But a person cannot seek relief under s. 23 itself. It does not create any right of action. It merely confers on the Federal Court jurisdiction to provide relief that a person can otherwise seek “under an Act of Parliament or otherwise”.

[53] L’affaire *Prudential Assurance*, par exemple, concernait une demande présentée sous le régime de la *Loi sur le transport aérien*, laquelle crée une cause d’action à l’encontre des transporteurs aériens pour les dommages causés aux bagages et aux marchandises. Le type de réparation que les demanderesse sollicitaient était des dommages-intérêts, une mesure qui, à l’instar des déclarations, est visée par la définition de « réparation » figurant dans la *Loi sur la Cour fédérale*, mais rien dans l’analyse relative à la compétence n’a porté sur le type de réparation que les demanderesse sollicitaient. L’aspect important était le fait que les demanderesse sollicitaient une réparation sous le régime du droit fédéral : la cause d’action était créée par une loi fédérale, la *Loi sur le transport aérien*. C’est cette loi fédérale qui donnait aux demanderesse le droit de réclamer des dommages-intérêts du transporteur.

[54] D’autres causes d’action d’origine fédérale peuvent satisfaire au critère d’application de l’art. 23, notamment celle prévue au par. 18(1) de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, c. R-2 (une personne qui a subi une perte par suite d’une contravention à certaines dispositions de cette loi peut, « former, devant tout tribunal compétent, un recours civil à l’encontre du contrevenant [. . .] [et] exercer [un] recours [. . .] par voie de dommages-intérêts », et celle prévue au par. 116(5) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10 (une personne qui « souffre préjudice de la négligence ou du refus d’une compagnie de s’acquitter de ses obligations [. . .] possède [. . .] un droit d’action contre la compagnie »).

[55] Lorsqu’une partie sollicite une réparation sous le régime de dispositions comme celles susmentionnées, la Cour fédérale peut avoir compétence en vertu de l’art. 23, à supposer que les autres exigences établies par cette disposition soient respectées. Mais une personne ne peut demander une réparation sous le régime de l’art. 23 lui-même. Cette disposition ne crée aucun droit d’action. Elle a simplement pour effet de conférer à la Cour fédérale compétence pour accorder la réparation qu’une personne peut par ailleurs solliciter « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit ».

[56] The Company further submits that *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, which dealt with a similar provision of the *Federal Courts Act*, requires that s. 23 be read as conferring a right to seek relief. But *Strickland* was argued on the *assumption* that s. 18 of the *Federal Courts Act* conferred on the claimants the right to seek a declaration that certain federal regulations were invalid. (Section 18 confers exclusive jurisdiction on the Federal Court “to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal”.) Cromwell J. expressly stated that he was not endorsing the parties’ assumption that s. 18 conferred on the claimants the right to seek the declaration they were seeking (para. 6). The issue in *Strickland* was whether, *assuming* the Federal Court had jurisdiction to make the declaration, it could decline to make the declaration on the ground that it would be more appropriate for the claim to be heard in a provincial superior court. In short, *Strickland* concerned only the scope of the Federal Court’s remedial discretion, not the interpretation of s. 18 — let alone the interpretation of s. 23.

[57] The Company’s alternative submission, that it is seeking relief under the *CTC Act*, is similarly unpersuasive. Although the *CTC Act* confers certain rights and powers (and imposes certain responsibilities) on the Company, it does not give the Company any kind of right of action or right to seek the relief sought.

[58] The essence of the Company’s position is that the By-law is inapplicable by the doctrine of interjurisdictional immunity or inoperative by the doctrine of paramountcy. The Company is seeking relief under constitutional law, because it is constitutional law which confers on parties the right to seek a declaration that a law is inapplicable or inoperative.

[56] La Société soutient en outre que, suivant l’arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, qui portait sur une disposition similaire de la *Loi sur les Cours fédérales*, l’art. 23 doit être considéré comme accordant un droit de demander une réparation. Mais dans *Strickland*, le débat reposait sur la *supposition* selon laquelle l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* accordait aux demandeurs le droit de solliciter une déclaration suivant laquelle certains règlements fédéraux étaient invalides. (L’article 18 confère à la Cour fédérale la compétence exclusive pour « décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral ».) Le juge Cromwell a expressément déclaré qu’il n’acceptait pas la supposition des parties selon laquelle l’art. 18 accordait aux demandeurs le droit de demander la déclaration qu’ils sollicitaient (par. 6). La question en litige dans *Strickland* était de savoir si, *en tenant pour acquis* que la Cour fédérale avait compétence pour prononcer la déclaration, elle pouvait refuser de le faire, au motif qu’il convenait que la demande soit entendue par une cour supérieure provinciale. En résumé, l’arrêt *Strickland* ne concernait que la portée du pouvoir discrétionnaire de réparation de la Cour fédérale, et non l’interprétation de l’art. 18 — encore moins celle de l’art. 23.

[57] L’argument subsidiaire de la Société, selon lequel elle demandait réparation sous le régime de la *Loi sur la CTC*, ne convainc pas davantage. Bien que la *Loi sur la CTC* accorde certains droits et pouvoirs à la Société (et lui impose certaines responsabilités), elle ne lui confère aucun droit d’action ou droit de solliciter la réparation demandée.

[58] L’essence de la position de la Société est que le Règlement est inapplicable par l’effet de la doctrine de l’exclusivité des compétences ou qu’il est inopérant en application de la doctrine de la prépondérance. La Société demande réparation sous le régime du droit constitutionnel, parce que c’est celui-ci qui accorde aux parties le droit de demander une déclaration portant qu’une règle de droit est inapplicable ou inopérante.

[59] A party seeking relief under constitutional law is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” within the meaning of s. 23. I agree with the City and the interveners, including the Attorney General of Canada, that constitutional law cannot be said to be federal law for the purposes of s. 23 (see also, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 7-27; B. J. Saunders, D. J. Rennie and G. Garton, *Federal Courts Practice 2014* (2013), at p. 9).

[60] The Federal Court of Appeal effectively concluded otherwise in its discussion of the additional issue that court raised, namely whether the Federal Court has the power to make constitutional declarations. The court suggested that the Constitution is one of the “Laws of Canada” referred to in s. 101, as are the constitutional doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy. On this logic, these doctrines would also qualify as federal law for the purposes of s. 23.

[61] First, this conclusion is contrary to this Court’s comments in *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733, at p. 745, per Estey J.:

The *Constitution Act, 1867*, as amended, is not of course a “law of Canada” in the sense of the foregoing cases because it was not enacted by the Parliament of Canada. The inherent limitation placed by s. 101, *supra*, on the jurisdiction which may be granted to the Federal Court by Parliament therefore might exclude a proceeding founded on the *Constitution Act*.

This passage is not equivocal on the issue of whether the *Constitution Act, 1867* is one of the “Laws of Canada” denoted by s. 101. Although *obiter*, the comments were intended to provide guidance and should be accepted as authoritative (see *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 57).

[59] Une partie sollicitant une réparation sous le régime du droit constitutionnel ne le fait pas « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit », au sens de l’art. 23. Je suis d’accord avec la Ville et les intervenants, y compris le procureur général du Canada, pour dire qu’on ne peut affirmer que le droit constitutionnel est de droit fédéral pour l’application de l’art. 23 (voir aussi, p. ex., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), p. 7-27; B. J. Saunders, D. J. Rennie et G. Garton, *Federal Courts Practice 2014* (2013), p. 9).

[60] La Cour d’appel fédérale a effectivement conclu autrement dans le cadre de son analyse relative à la question additionnelle que cette cour avait soulevée, à savoir si la Cour fédérale possédait le pouvoir de rendre des jugements déclaratoires en matière constitutionnelle. La cour a laissé entendre que la Constitution était l’une des « lois du Canada » dont il était question à l’art. 101, au même titre que la doctrine constitutionnelle de l’exclusivité des compétences et celle de la prépondérance. Selon cette logique, ces doctrines constitueraient elles aussi des règles de droit fédérales pour l’application de l’art. 23.

[61] Premièrement, cette conclusion va à l’encontre des remarques du juge Estey de notre Cour dans l’arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 745 :

La *Loi constitutionnelle de 1867*, et modifications, n’est pas, cela va de soi, une « loi du Canada » dans le sens des exemples qui précèdent parce qu’elle n’a pas été adoptée par le Parlement du Canada. La limite inhérente que l’art. 101 précité impose à la compétence que le Parlement peut accorder à la Cour fédérale pourrait donc exclure une procédure fondée sur la *Loi constitutionnelle*.

Ce passage est sans équivoque quant à la question de savoir si la *Loi constitutionnelle de 1867* est l’une des « lois du Canada » désignées par l’art. 101. Malgré leur caractère incident, ces remarques visaient à fournir des balises et elles devraient être acceptées comme faisant autorité (voir *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

[62] Nor did our Constitution become one of the “Laws of Canada” after 1982. In concluding otherwise, the Federal Court of Appeal reasoned that although each of the enactments which together make up our Constitution was originally enacted by the Parliament of the United Kingdom, the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11, “patriated” our Constitution in part by providing that the *Constitution Act, 1982* “is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada” (s. 1). The *Constitution Act, 1982* in turn empowered Canadians to amend the Constitution (ss. 38 to 49) and referred to the Constitution as the “supreme law of Canada” (s. 52). From this, the Federal Court of Appeal inferred that the enactments which together make up the Constitution became “Laws of Canada” after 1982.

[63] However, “Canada” has two distinct meanings in our Constitution. It can denote the country as a whole or the federal level within it. In s. 1 of the *Canada Act 1982* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, “Canada” denotes the country as a whole. As this Court has confirmed on a number of occasions, in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, “Canada” denotes only the federal level (*Thomas Fuller*, at p. 707; *Quebec North Shore*, at pp. 1065-66; *Consolidated Distilleries*, at pp. 520-22). Further, interpreting “Canada” in s. 101 to denote the country as a whole, such that Parliament could create additional courts of general (federal and provincial) jurisdiction, would be inconsistent with the other judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, which take as their “basic principle . . . the jurisdiction of the superior courts of the provinces in all matters federal and provincial” (*Thomas Fuller*, at p. 713). After the 1982 “patriation”, the Constitution is certainly a law of Canada the country, as opposed to a law of the United Kingdom, but it is not one of the “Laws of Canada”, the federal laws, referred to in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[64] Obviously, the doctrines of interjurisdictional immunity and paramountcy arise from s. 91 of the

[62] Notre Constitution n’est pas non plus devenue l’une des « lois du Canada » après 1982. En tirant la conclusion contraire, la Cour d’appel fédérale a expliqué que, bien que chacun des textes législatifs qui ensemble forment notre Constitution ait été à l’origine adopté par le Parlement du Royaume-Uni, la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11, a « rapatrié » notre Constitution en partie en prévoyant que la *Loi constitutionnelle de 1982* « [était] édictée pour le Canada et y [avait] force de loi » (art. 1). À son tour, la *Loi constitutionnelle de 1982* permet aux Canadiens de modifier la Constitution (art. 38 à 49) et précise que la Constitution est la « loi suprême du Canada » (art. 52). La Cour d’appel fédérale a inféré de ce qui précède que les textes législatifs qui forment ensemble la Constitution étaient devenus des « lois du Canada » après 1982.

[63] Toutefois, le mot « Canada » possède deux sens distincts dans notre Constitution. Il peut désigner soit le pays dans son ensemble, soit le palier fédéral au sein de celui-ci. À l’art. 1 de la *Loi de 1982 sur le Canada* et à l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le terme « Canada » s’entend du pays dans son ensemble. Comme notre Cour l’a confirmé à un certain nombre d’occasions, le mot « Canada » à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend uniquement du palier fédéral (*Thomas Fuller*, p. 707; *Quebec North Shore*, p. 1065-1066; *Consolidated Distilleries*, p. 520-522). En outre, le fait de considérer que le mot « Canada » à l’art. 101 désigne le pays dans son ensemble, de sorte que le Parlement pourrait créer d’autres tribunaux de compétence générale (fédérale et provinciale), serait incompatible avec les autres dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives au pouvoir judiciaire, qui ont pour « principe fondamental [. . .] la compétence des cours supérieures des provinces sur toutes questions de droit fédéral et provincial » (*Thomas Fuller*, p. 713). Depuis le « rapatriement » de 1982, la Constitution est certainement une loi du Canada, le pays, plutôt qu’une loi du Royaume-Uni, mais elle ne constitue pas une des « lois du Canada » — au sens de lois fédérales — visées à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[64] Il va de soi que la doctrine de l’exclusivité des compétences et celle de la prépondérance des

Constitution Act, 1867 and can affect the force of federal legislation. However, these constitutional doctrines can also affect the force of provincial legislation. Surely constitutional law is neither federal nor provincial. The Constitution logically precedes that distinction: it is the Constitution itself that bifurcates Canadian law into federal and provincial matters.

[65] In conclusion, the Company is not seeking relief “under an Act of Parliament or otherwise” (i.e., under federal law) as required by s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. Section 23(c) therefore does not grant jurisdiction over this application to the Federal Court and the first part of the *ITO* test is not met. There is no statutory grant of jurisdiction. This finding is dispositive: the Federal Court lacks jurisdiction in this case. There is therefore no need to consider whether the second and third parts of the *ITO* test are met in this case.

E. *ITO Part 2: Federal Law Essential to Disposition*

[66] Nonetheless, the approach taken by the Federal Court of Appeal with respect to the second part of the *ITO* test merits comment.

[67] The second part of the *ITO* test requires that federal law be “essential to the disposition of the case” such that it “nourishes the statutory grant of jurisdiction” (p. 766, per McIntyre J.). Indeed, the fact that the claim involves rights and obligations conferred by federal law will be relevant to this question. This requirement is important because it speaks to the constitutional status and role of the Federal Court under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[68] The Federal Court of Appeal concluded that this part of the test is met because “there [is] sufficient federal law for the Federal Court to have

lois fédérales découlent de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu’elles peuvent modifier l’effet d’une loi fédérale. Toutefois, ces doctrines constitutionnelles peuvent également modifier l’effet d’une loi provinciale. Le droit constitutionnel n’est certes ni fédéral ni provincial. La Constitution est logiquement au-dessus de cette distinction : c’est la Constitution elle-même qui distingue, dans le droit canadien, les pouvoirs de compétence fédérale et provinciale.

[65] En conclusion, la Société ne sollicite pas une réparation « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit » (c.-à-d. en vertu du droit fédéral) comme l’exige l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Par conséquent, cette disposition ne confère pas compétence à la Cour fédérale sur la présente demande, et il n’a pas été satisfait au premier volet du critère *ITO*. Il n’y a aucune attribution législative de compétence. Cette conclusion est décisive : la Cour fédérale n’a pas compétence dans la présente affaire. Point n’est donc besoin d’examiner s’il a été satisfait aux deuxième et troisième volets du critère *ITO* en l’espèce.

E. *Le deuxième volet du critère ITO : des règles de droit fédérales qui sont essentielles à la solution du litige*

[66] L’approche adoptée par la Cour d’appel fédérale à l’égard du deuxième volet du critère *ITO* appelle néanmoins quelques commentaires.

[67] Le deuxième volet du critère *ITO* requiert l’existence de règles de droit fédérales « essentiel[les] à la solution du litige », en ce qu’elles « constitue[nt] le fondement de l’attribution légale de compétence » (p. 766, le juge McIntyre). En effet, le fait que la demande porte sur des droits et obligations conférés par une règle de droit fédérale est pertinent à ce sujet. Cette exigence est importante, parce qu’elle se rapporte au statut constitutionnel et au rôle de la Cour fédérale au regard de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[68] La Cour d’appel fédérale a conclu que ce volet du critère est respecté, parce que « le droit fédéral joue [. . .] un rôle suffisant pour que la Cour

jurisdiction” (para. 32). The reasons refer to a number of articulations by the Federal Court of Appeal of this part of the *ITO* test: *Bensol Customs Brokers*, at pp. 582-83 (whether the outcome is determined “to some material extent” by federal law or the cause of action is “affected” by federal law); *The Queen v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151 (C.A.), at p. 153 (whether federal law “has an important part to play” in determining the outcome).

[69] These articulations of the test should not be understood to lower in any way the high threshold articulated in *ITO* itself. The fact that the Federal Court may have to consider federal law as a necessary component is not alone sufficient; federal law must be “essential to the disposition of the case”. It must “nourish” the grant of jurisdiction.

F. *Power to Make Constitutional Declarations*

[70] Since the *ITO* test is not met, it is also unnecessary to consider the Federal Court of Appeal’s holding that the Federal Court has the remedial power to declare legislation to be constitutionally invalid, inapplicable or inoperative. I decline to comment on this issue, except to say this. There is an important distinction between the power to make a constitutional finding which binds only the parties to the proceeding and the power to make a formal constitutional declaration which applies generally and which effectively removes a law from the statute books (see, e.g., *R. v. Lloyd*, 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130, at para. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 592; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 316).

[71] The Federal Court clearly has the power, when the *ITO* test is met, to make findings of constitutionality and to give no force or effect in a

fédérale ait compétence » (par. 32). Les motifs renvoient à un certain nombre de formulations de ce volet du critère *ITO* par la Cour d’appel fédérale : *Bensol Customs Brokers*, p. 582-583 (savoir si le résultat est déterminé « jusqu’à un certain point » par des règles de droit fédérales ou si celles-ci sont « applicable[s] » à la cause d’action); *La Reine c. Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.), p. 153 (savoir si les règles de droit fédérales « [ont] un rôle important à jouer » pour décider de l’issue de l’affaire).

[69] Ces formulations du critère ne devraient pas être considérées de quelque façon comme ayant pour effet de rendre moins exigeant le seuil élevé établi dans l’arrêt *ITO* lui-même. À lui seul, le fait que la Cour fédérale puisse devoir tenir compte des règles de droit fédérales en tant que facteur nécessaire ne suffit pas; ces règles de droit doivent être « essentiel[les] à la solution du litige ». Elles doivent « constituer le fondement » de l’attribution de compétence.

F. *Le pouvoir de prononcer des déclarations en matière constitutionnelle*

[70] Puisque le critère de l’arrêt *ITO* n’est pas respecté, il n’est pas nécessaire d’examiner la conclusion de la Cour d’appel fédérale selon laquelle la Cour fédérale possède le pouvoir de déclarer, à titre de réparation, qu’une règle de droit est inconstitutionnelle, inapplicable ou inopérante. Je ne veux pas aborder cette question, sauf pour dire ce qui suit. Il existe une distinction importante entre le pouvoir de tirer, quant à la constitutionnalité d’une règle de droit, une conclusion qui ne lie que les parties à l’instance et celui de prononcer à cet égard une déclaration formelle qui s’applique de façon générale et retire de manière effective une disposition législative du corpus législatif (voir, p. ex., *R. c. Lloyd*, 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130, par. 15; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, p. 592; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 316).

[71] Il est évident que, dans les cas où il est satisfait au critère *ITO*, la Cour fédérale a le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité d’une règle de

particular proceeding to a law it finds to be unconstitutional. The Federal Court of Appeal in this case appears to have held that the Federal Court also has the power to make formal, generally binding constitutional declarations. My silence on this point should not be taken as tacit approval of the Federal Court of Appeal's analysis or conclusion.

VI. Disposition

[72] Because the *ITO* test is not met, the application is “bereft of any possibility of success” (*JP Morgan*, at para. 47, quoting *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), at p. 600). It is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the application. Shore J. did not err in striking the notice of application and the Federal Court of Appeal ought not to have intervened. I would, accordingly, allow the appeal, set aside the order of the Federal Court of Appeal and reinstate the order of Shore J. striking the Company's notice of application. I would also award costs to the City in this Court and in the courts below.

The reasons of Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[73] MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting) — We have read the reasons of our colleague Justice Karakatsanis. With respect, we disagree with the central features of her analysis and with her conclusion. In our view, s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, provides the required statutory grant of jurisdiction, and federal law is essential to the disposition of the case. We would therefore dismiss the appeal and remit the matter to the Federal Court. It remains for the Federal Court to determine whether it should decline to exercise this jurisdiction and stay the proceedings to allow the matter to be litigated in the Superior Court of Justice: see *Federal Courts Act*, s. 50(1).

droit et de déclarer inopérante, dans une instance donnée, une règle de droit qu'elle juge inconstitutionnelle. Il semble qu'en l'espèce, la Cour d'appel fédérale ait conclu que la Cour fédérale possède également le pouvoir de prononcer des déclarations formelles, généralement contraignantes, en matière constitutionnelle. Mon silence sur ce point ne devrait pas être interprété comme une approbation tacite de l'analyse ou de la conclusion de la Cour d'appel fédérale.

VI. Dispositif

[72] Étant donné que le critère *ITO* n'a pas été respecté, la demande n'a « aucune chance d'être accueillie » (*JP Morgan*, par. 47, citant *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), p. 600). La Cour fédérale n'a manifestement pas compétence pour entendre la demande. Le juge Shore n'a pas commis d'erreur en radiant l'avis de demande, et la Cour d'appel fédérale n'aurait pas dû intervenir. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel fédérale, et de rétablir l'ordonnance du juge Shore radiant l'avis de demande de la Société. Je suis aussi d'avis d'accorder les dépens à la Ville devant notre Cour et devant les juridictions inférieures.

Version française des motifs des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[73] LES JUGES MOLDAVER ET BROWN (dissidents) — Nous avons examiné les motifs de notre collègue la juge Karakatsanis. Soit dit en tout respect, nous ne pouvons souscrire aux éléments centraux de son analyse et à sa conclusion. À notre avis, l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, établit le fondement de l'attribution législative de compétence requise, et le droit fédéral est essentiel à la solution du litige. Par conséquent, nous rejetterions le pourvoi et renverrions l'affaire à la Cour fédérale. Il restera à la Cour fédérale à décider si elle devrait refuser d'exercer cette compétence et suspendre l'instance pour que l'affaire soit jugée devant la Cour supérieure de justice : voir la *Loi sur les Cours fédérales*, par. 50(1).

[74] We acknowledge that the jurisdiction of the Federal Court is circumscribed by s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. The Federal Court was established for the better administration of the laws of Canada. In our view, recognition of its jurisdiction in this case is consistent with, and advances, that purpose. Put in simple terms, this case involves a federal company, created under a specially enacted federal statute,³ whose sole function under the statute is to operate a federal undertaking and whose claim for declaratory relief focusses exclusively on its right to carry out its statutory mandate free from unconstitutional constraints imposed by municipal bylaws.

[75] Central to the point of divergence between our colleague's reasons and ours is the distinction between having jurisdiction and taking jurisdiction. To be sure, and as we will explain, there are very good reasons why, in our respectful view, the Federal Court should seriously consider declining jurisdiction in this matter. But that is a question of taking jurisdiction. It is distinct from the question of having jurisdiction.

[76] And, in our view, the Federal Court clearly has jurisdiction. Our conclusion is informed by three considerations: (1) a historical overview of the Federal Court's jurisdiction; (2) the irrelevance of the "essence of the claim" to determine whether the Federal Court has jurisdiction; and (3) the application of all three steps of the *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, test, namely that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* grants jurisdiction; that the *CTC Act* plays an essential role in the outcome of the case; and that the *CTC Act* is valid federal law.

I. The Federal Court's Jurisdiction Should Be Construed Broadly

[77] The history of the Federal Court reveals that it was intended by Parliament to have broad

³ *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57 ("CTC Act").

[74] Nous reconnaissons que l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* circonscrit la compétence de la Cour fédérale. La Cour fédérale a été établie pour la meilleure administration des lois du Canada. À notre avis, reconnaître sa compétence en l'espèce est compatible avec cet objectif et contribue à sa réalisation. Pour dire les choses simplement, la présente affaire concerne une société fédérale créée en vertu d'une loi fédérale spéciale³, dont la seule fonction prévue par la loi consiste à exploiter une entreprise fédérale, et dont la demande de jugement déclaratoire vise exclusivement son droit de s'acquitter de son mandat légal sans égard aux contraintes inconstitutionnelles imposées par des règlements municipaux.

[75] Notre divergence d'opinion avec notre collègue tient principalement à la distinction entre le fait d'avoir compétence et celui d'exercer cette compétence. Certes, comme nous l'expliquerons, nous estimons que la Cour fédérale serait tout à fait justifiée d'envisager sérieusement de refuser d'exercer sa compétence en l'espèce. Mais il s'agit là d'une question d'exercice de la compétence. C'est une question distincte de celle d'avoir compétence.

[76] Et à notre avis, la Cour fédérale a manifestement compétence. Notre conclusion repose sur trois considérations : (1) un aperçu historique de la compétence de la Cour fédérale; (2) le fait que « l'essence de la demande » n'est pas pertinente pour déterminer si la Cour fédérale a compétence; et (3) l'application des trois volets du critère de l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, à savoir que l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* est attributif de compétence, que la *Loi sur la CTC* joue un rôle essentiel dans l'issue de la cause, et que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

I. La compétence de la Cour fédérale devrait être interprétée largement

[77] L'historique de la Cour fédérale révèle que le Parlement avait l'intention de lui conférer une

³ *La Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57 (« *Loi sur la CTC* »).

jurisdiction. The Exchequer Court, created in 1875, initially had limited jurisdiction: it could hear certain claims against the Crown, and eventually, claims relating to patents, copyrights, public lands, and railway debts (*The Supreme and Exchequer Court Act*, S.C. 1875, c. 11; *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1970, c. E-11, ss. 17 to 30). During the 20th century, however, it became apparent that the Exchequer Court could not deal with many matters that transcended provincial boundaries, and that confusion, inconsistency, and expense tended to accompany litigation of these national matters in the provincial superior courts.

[78] These problems prompted Parliament in 1970 to replace the Exchequer Court with the Federal Court, and to expand the Federal Court's jurisdiction (*Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1). According to the Minister of Justice, the Federal Court was designed to achieve two objectives: first, ensuring that members of the public would "have resort to a national court exercising a national jurisdiction when enforcing a claim involving matters which frequently involve national elements"; and second, making it possible for "litigants who may often live in widely different parts of the country to [have] a common and convenient forum in which to enforce their legal rights" (*House of Commons Debates*, vol. V, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, at p. 5473).

[79] These purposes are better served by a broad construction of the Federal Court's jurisdiction. We acknowledge that the Federal Court is not without jurisdictional constraints. A broad construction of the Federal Court's statutory grant of jurisdiction cannot exceed Parliament's constitutional limits and intrude on provincial spheres of competence. In *ITO*, this Court set out a test for determining the Federal Court's jurisdiction, of which a statutory grant of jurisdiction forms only a part. It is the second and third elements of the *ITO* test, which we discuss below, that ensure that constitutional limits are respected (*Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paras. 40 and

compétence étendue. La Cour de l'Échiquier du Canada, qui a été créée en 1875, possédait au départ une compétence limitée : elle pouvait entendre certaines demandes présentées contre la Couronne et, par la suite, des demandes relatives aux brevets, aux droits d'auteur, aux terres publiques et aux dettes des compagnies de chemin de fer (*Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier*, S.C. 1875, c. 11; *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1970, c. E-11, art. 17 à 30). Au cours du XX^e siècle, toutefois, il est devenu évident que la Cour de l'Échiquier ne pouvait pas traiter de nombreuses questions qui débordaient les frontières provinciales, et que les litiges relatifs à ces questions d'envergure nationale portés devant les cours supérieures provinciales tendaient à entraîner la confusion, l'incohérence et des coûts élevés.

[78] Ces problèmes ont incité le Parlement, en 1970, à remplacer la Cour de l'Échiquier par la Cour fédérale, et à élargir la compétence de cette dernière (*Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, c. 1). Selon le ministre de la Justice, la Cour fédérale fut créée pour atteindre deux objectifs : premièrement, faire en sorte que les particuliers puissent « recourir à une cour nationale exerçant une [compétence] nationale, pour faire valoir une réclamation concernant des questions qui comportent souvent des éléments nationaux »; deuxièmement, permettre aux « plaignants, qui demeurent parfois dans des régions fort éloignées l'une de l'autre, [de trouver] là un forum commun et commode pour faire valoir leurs droits légitimes » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5473).

[79] Une interprétation large de la compétence de la Cour fédérale favorise davantage la réalisation de ces objectifs. Nous reconnaissons que la compétence de la Cour fédérale comporte des restrictions. Une interprétation large de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale ne peut aller au-delà des limites constitutionnelles du Parlement et empiéter sur les domaines de compétence des provinces. Dans *ITO*, la Cour a établi un critère pour déterminer la compétence de la Cour fédérale, au sein duquel l'attribution législative de compétence ne constitue qu'un volet. Ce sont les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *ITO*, que nous aborderons plus loin, qui garantissent le respect

43). A broad interpretation of a statutory grant of jurisdiction — like s. 23 — is therefore not at risk of placing the Federal Court outside its constitutional constraints. We now turn to the main issue in this case: whether the Federal Court has jurisdiction over the Canadian Transit Company’s application.

II. Identifying the Essential Nature of the Case Is Not Necessary

[80] Our colleague considers it necessary, as a preliminary step in the analysis, to characterize the essential nature of the case. With respect, we see no such need. Our jurisprudence, through the test established in *ITO*, already provides a comprehensive framework of analysis for determining whether the Federal Court has jurisdiction — and characterizing the essential nature of the case forms no part of it, nor does it do any work in answering the jurisdictional question presented by this appeal. What matters is only whether there is a statutory grant of jurisdiction, whether federal law is essential to the disposition of the case, and whether the law is validly federal.

[81] To be clear, identifying the essential character of a claim is not answering the same question as that posed at the second step of the *ITO* test — whether federal law is essential to the disposition of the case. The “essential nature of the claim” is about the ultimate outcome sought by the claimant — in other words, what is the claim for or all about? The question of whether federal law is essential to the disposition of the case looks more to the analysis — how will the case be decided, and what law will need to be applied? The two questions may yield different answers, and as a result, should be kept distinct.

[82] Not only is the characterization exercise unnecessary, it does not belong in the *ITO* test. Rather, the character of the case is relevant to a different question: Where the Federal Court has jurisdiction, should it exercise it? This Court commented on the

des limites constitutionnelles (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 40 et 43). Une interprétation large d’une attribution législative de compétence — comme l’art. 23 — ne risque donc pas de placer la Cour fédérale en dehors de ses restrictions constitutionnelles. Nous abordons maintenant la principale question en litige dans la présente affaire : celle de savoir si la Cour fédérale a compétence à l’égard de la demande de la société The Canadian Transit Company (« Société »).

II. Il n’est pas nécessaire de dégager l’essence de l’affaire

[80] Notre collègue considère qu’une étape préliminaire de l’analyse consiste à qualifier l’essence de l’affaire. Avec égards, cette étape ne nous paraît pas nécessaire. Par le critère établi dans l’arrêt *ITO*, la jurisprudence de la Cour fournit déjà un cadre d’analyse complet afin de déterminer si la Cour fédérale a compétence — et la qualification de l’essence de l’affaire ne fait pas partie de ce cadre, et n’aide pas non plus à répondre à la question de compétence soumise dans le cadre du présent pourvoi. Ce qui importe, c’est seulement de savoir s’il existe une attribution législative de compétence, si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige et si la loi en cause est une loi fédérale valide.

[81] Précisons que, en déterminant l’essence d’une demande, on ne répond pas à la question posée au deuxième volet du critère de l’arrêt *ITO* — à savoir si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige. « L’essence de la demande » concerne le résultat ultime visé par le demandeur — en d’autres mots, quel est le but de la demande ou en quoi consiste-t-elle? La question de savoir si le droit fédéral est essentiel à la solution du litige relève davantage de l’analyse — comment l’affaire sera-t-elle jugée, et quelles règles de droit devront être appliquées? Les deux questions peuvent aboutir à des réponses différentes et, par conséquent, elles devraient rester distinctes.

[82] Non seulement la qualification de la demande n’est pas une démarche nécessaire, mais elle n’est pas un volet du critère *ITO*. Le caractère de l’affaire est plutôt pertinent à l’égard d’une autre question : dans un cas où la Cour fédérale a compétence,

essential character of the claim in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585:

There is always a residual discretion in the inherent jurisdiction of the provincial superior court (as well as in the Federal Court under s. 50(1) of its Act), to stay the damages claim because in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. [para. 78]

Significantly, this statement went *not* to whether the Federal Court *has* jurisdiction, but to whether it *should exercise* it.

[83] Put simply, when faced with a dispute relating to its jurisdiction, the Federal Court must answer two questions: (1) whether it has jurisdiction; and (2) if so, whether to exercise it. Assuming there is a statutory grant of jurisdiction, the Federal Court's first question turns on the role that federal law will play in the case. If valid federal law plays an essential role, then the Federal Court will have jurisdiction. After all, the Federal Court exists for the better administration of the laws of Canada. It should be able to deal with claims in which the laws of Canada play an essential role in the analysis.

[84] As contemplated by this Court in *TeleZone*, however, there may be cases in which — despite the essential role of federal law — the Federal Court should nonetheless consider declining jurisdiction. This is where the claim's essential character becomes relevant. Even if federal law were essential to the disposition of a given claim, that claim might be, in its essence, a superior court claim, and this essential character would be one factor for the Federal Court to consider in determining whether *to exercise* its jurisdiction. It would not, however, be relevant to, much less determinative of, *the existence* of the Federal Court's jurisdiction.

devrait-elle l'exercer? Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, la Cour a fait remarquer ce qui suit au sujet de l'essence de la demande :

Les cours supérieures provinciales conservent toujours, en raison de leur compétence inhérente (tout comme la Cour fédérale en vertu du par. 50(1) de la *LCF*), le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts au motif qu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. [par. 78]

Fait important, ce propos *ne* portait *pas* sur la question de savoir si la Cour fédérale *a* compétence, mais sur celle de savoir si elle *devrait l'exercer*.

[83] Pour exprimer les choses simplement, lorsque la Cour fédérale est aux prises avec un différend relatif à sa compétence, elle doit répondre à deux questions : (1) A-t-elle compétence? (2) Dans l'affirmative, doit-elle exercer sa compétence? En supposant l'existence d'une attribution législative de compétence, la première question que pose la Cour fédérale porte sur le rôle que jouera le droit fédéral dans l'affaire. Si une règle de droit fédérale valide joue un rôle essentiel, la Cour fédérale aura compétence. Après tout, la Cour fédérale existe pour la meilleure administration des lois du Canada. Elle devrait être en mesure de juger les demandes dans lesquelles les lois du Canada jouent un rôle essentiel dans le cadre de l'analyse.

[84] Comme l'a prévu la Cour dans *TeleZone* toutefois, il peut se présenter des affaires dans lesquelles — malgré le rôle essentiel du droit fédéral — la Cour fédérale devrait néanmoins envisager la possibilité de refuser d'exercer sa compétence. C'est dans de tels cas que l'essence de la demande devient un facteur pertinent. Même si le droit fédéral est essentiel pour décider une demande donnée, il est possible que, dans son essence, la demande en question relève d'une cour supérieure, et cette essence serait alors un facteur à considérer par la Cour fédérale pour décider si elle devait *exercer* sa compétence. Ce facteur ne serait toutefois pas pertinent, encore moins déterminant, quant à *l'existence* de la compétence de la Cour fédérale.

[85] That said, even if the claim's essential character were relevant, we do not agree with our colleague's characterization of it. The relief claimed by the Company takes the form of four declarations: (1) a declaration that the Ambassador Bridge is a federal undertaking; (2) a declaration that the Company has, pursuant to its enabling legislation (the *CTC Act*), the authority to purchase, lease and otherwise acquire lands for the purpose of the Ambassador Bridge; (3) a declaration that, as a result, the impugned *Property Standards By-law*, City of Windsor By-law No. 147-2011, does not apply to the properties purchased, leased, or otherwise acquired and held by the Company pursuant to its enabling legislation; and (4) a declaration that certain properties purchased by the Company are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge. Two points follow from this.

[86] First, it is a mistake, in our view, to focus as our colleague does on only one of the declarations sought by the Company. Doing so turns the application into a one-sided coin. *Each* of the declarations sought is essential to the Company's application. In order to decide whether to grant declaration (3) — which our colleague considers to be the essence of the application (para. 29) — a court must consider and decide the questions raised by all other declarations sought. And, since each of those declarations will play a central role in the proceedings, they cannot be ignored in discerning “the essence” of the claim. To be clear, however, we reiterate that “the essence” of a claim, understood as our colleague has stated it, has no relevance to whether the Federal Court has jurisdiction over that claim.

[87] Second, in characterizing the essence of the Company's claim, our colleague, at least implicitly, impugns the Company's motives (since she says that none of the other declarations “would be worthwhile pursuing in the absence of the third declaration” (para. 29)). It is helpful, however, to consider the City's response to the relief sought

[85] Cela dit, même si l'essence de la demande était pertinente, nous ne sommes pas d'accord avec le qualificatif que lui donne notre collègue. La réparation que sollicite la Société prend la forme de quatre déclarations : (1) une déclaration portant que le pont Ambassador constitue un ouvrage fédéral; (2) une déclaration portant que la Société possède, en vertu de sa loi habilitante (la *Loi sur la CTC*), le droit d'acheter, louer ou autrement acquérir des terrains pour les besoins du pont Ambassador; (3) une déclaration portant que, par conséquent, le règlement contesté, le règlement 147-2011 de la City of Windsor (« Ville ») intitulé *Property Standards By-law*, ne s'applique pas aux propriétés achetées, louées ou autrement acquises et possédées par la Société conformément à sa loi habilitante; et (4) une déclaration portant que certaines propriétés achetées par la Société sont nécessaires pour l'exploitation et l'entretien continu du pont Ambassador. Deux constatations découlent de ce qui précède.

[86] Premièrement, constitue selon nous une erreur le fait de se concentrer, comme le fait notre collègue, sur une seule des déclarations demandées par la Société. Cette approche ne révèle qu'un seul côté de la médaille. *Chacune* des déclarations sollicitées est essentielle à la demande de la Société. Afin de décider s'il y a lieu de prononcer la troisième déclaration — que notre collègue considère comme constituant l'essence de la demande (par. 29) — le tribunal doit examiner et trancher les questions soulevées par toutes les autres déclarations sollicitées. Et, puisque chacune de ces déclarations jouera un rôle central dans l'instance, on ne peut en faire abstraction pour la détermination de « l'essence » de la demande. Cependant, nous réitérons que « l'essence » d'une demande, comme l'a énoncé notre collègue, ne constitue aucunement un facteur pertinent quant à savoir si la Cour fédérale a compétence pour entendre cette demande.

[87] Deuxièmement, en qualifiant l'essence de la demande de la Société, notre collègue porte, du moins de façon implicite, un jugement sur les motifs de la Société (puisque'elle affirme qu'aucune des autres déclarations ne « vaudrai[t] la peine d'être sollicité[e] en l'absence de la troisième déclaration » (par. 29)). Toutefois, il est utile d'examiner

by the Company. The City is not alleging that the application is frivolous, vexatious, or an abuse of process. Rather, the City has brought a motion to strike, alleging it is plain and obvious that the Federal Court lacks jurisdiction to hear the Company's application. Even assuming, therefore, that the Company's motives in bringing the application are discernible, such motives are, in the context of this jurisdiction inquiry, irrelevant.

[88] We turn now to the application of the *ITO* test to this case.

III. The *ITO* Test Is Met

[89] The test to determine whether the Federal Court has jurisdiction was established by this Court in *ITO*. The *ITO* test has three branches: (1) there must be a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court; (2) federal law must be essential to the disposition of the case; and (3) the law at issue must be validly federal.

[90] We will deal first with the statutory grant of jurisdiction to the Federal Court, which in our view, is made out under s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. We then explain why federal law — namely, the *CTC Act* — is essential to the disposition of the Company's application. And because the *CTC Act* is valid federal law, the third branch of the *ITO* test is met here as well.

A. *Section 23(c) of the Federal Courts Act Grants Jurisdiction*

[91] Our colleague concludes that the first branch of the *ITO* test is not met because there is no valid statutory grant of jurisdiction. With respect, we do not agree. In our view, the Company has pleaded sufficient jurisdictional facts to establish that relief is sought “under an Act of Parliament”. It follows that s. 23(c) of the *Federal Courts Act* provides the necessary statutory grant of jurisdiction.

la réponse avancée par la Ville à l'égard de la réparation que sollicite la Société. La Ville n'allègue pas que la demande est frivole ou vexatoire, ou qu'elle constitue un abus de procédure. La Ville a plutôt présenté une requête en radiation, dans laquelle elle plaide qu'il est évident et manifeste que la Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre la demande de la Société. Donc, même en supposant que les motifs de la Société pour introduire la demande soient perceptibles, ces motifs ne sont pas pertinents dans le contexte de la présente analyse relative à la compétence.

[88] Nous abordons maintenant l'application du critère de l'arrêt *ITO* à la présente affaire.

III. Il est satisfait au critère *ITO*

[89] Le critère servant à déterminer si la Cour fédérale a compétence a été établi par la Cour dans l'arrêt *ITO*. Ce critère comporte trois volets : (1) il doit y avoir attribution législative de compétence à la Cour fédérale; (2) le droit fédéral doit être essentiel à la solution du litige; et (3) la règle de droit en cause doit être une règle de droit fédérale valide.

[90] Nous examinerons en premier lieu l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale qui, à notre avis, est prévue à l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Nous expliquerons ensuite pourquoi la règle de droit fédérale — la *Loi sur la CTC* — est essentielle pour décider la demande de la Société. Et, parce que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide, il est de même satisfait au troisième volet du critère *ITO*.

A. *L'alinéa 23c) de la Loi sur les Cours fédérales est attributif de compétence*

[91] Notre collègue conclut qu'il n'est pas satisfait au premier volet du critère *ITO*, parce qu'il n'y a pas d'attribution législative valide de compétence. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord. À notre avis, les faits liés à la compétence que plaide la Société sont suffisants pour établir qu'une réparation est demandée « sous le régime d'une loi fédérale ». Par conséquent, l'al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit l'attribution législative de compétence nécessaire.

[92] There are three crucial elements for s. 23(c) to amount to the required statutory grant of jurisdiction under the first branch of the *ITO* test: (1) there must be a “claim for relief” or a “remedy . . . sought”; (2) the relief or remedy claimed must be “under an Act of Parliament or otherwise”; and (3) it must be claimed “in relation to any matter coming within . . . the following classes of subjects [namely] works and undertakings connecting a province with any other province or extending beyond the limits of a province” (*Federal Courts Act*, s. 23). The City does not contest that the Company has claimed relief (thus meeting s. 23(c)’s first element), and that its claim is in relation to a work or undertaking extending beyond the limits of a province — namely the Ambassador Bridge, connecting Canada with the United States (relating to the third element of s. 23(c)). The only issue in terms of the statutory grant of jurisdiction is whether this claim was made “under an Act of Parliament or otherwise in relation to” this international work or undertaking, which is necessary to meet the second element of s. 23(c) of the *Federal Courts Act*. In our view, the Company’s claim satisfies this requirement.

[93] Our colleague concludes that s. 23(c) only confers jurisdiction where “the claimant is seeking relief under federal law” (para. 41). In her view, if the “cause of action or right to seek relief is not created or recognized by federal law”, then s. 23(c) does not confer jurisdiction on the Federal Court (para. 42). With respect, we do not agree with such a narrow reading of this provision.

[94] In our view, a federal statute need not expressly create a cause of action for jurisdiction to exist under s. 23(c). A claim is made under an Act of Parliament for the purpose of s. 23 “when that statute is the law which, assuming the claim to be well founded, would be the source of the plaintiff’s right” (*Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at p. 579). It is sufficient if the relief sought is intimately related to rights and obligations conferred by an Act of Parliament, even

[92] Pour que l’al. 23c) exprime l’attribution législative de compétence requise au titre du premier volet du critère *ITO*, trois éléments cruciaux doivent être présents : (1) il doit y avoir une « demande de réparation » ou un « autre recours exercé »; (2) la réparation demandée ou le recours exercé doivent l’être « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit »; (3) la réparation doit être demandée ou le recours exercé « en matière [. . .] d’ouvrages reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province » (*Loi sur les Cours fédérales*, art. 23). La Ville ne conteste pas le fait que la Société a demandé une réparation (satisfaisant ainsi au premier élément de l’al. 23c)), et que sa demande est relative à un ouvrage reliant une province à une autre ou s’étendant au-delà des limites d’une province — à savoir le pont Ambassador qui relie le Canada aux États-Unis (pour ce qui est du troisième élément de l’al. 23c)). La seule question en litige en ce qui concerne l’attribution législative de compétence est de savoir si cette demande a été présentée « sous le régime d’une loi fédérale ou d’une autre règle de droit en matière » de cet ouvrage international, ce qui est nécessaire pour satisfaire au deuxième élément de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Nous sommes d’avis que la demande de la Société satisfait à cette condition.

[93] Notre collègue conclut que l’al. 23c) attribue compétence seulement lorsque « le demandeur sollicite une réparation sous le régime du droit fédérale » (par. 41). À son avis, si la « cause d’action du demandeur ou son droit de solliciter une réparation n’est pas créé ou reconnu par le droit fédéral », alors l’al. 23c) ne confère pas compétence à la Cour fédérale (par. 42). Soit dit en tout respect, nous ne souscrivons pas à une interprétation à ce point étroite de la disposition.

[94] À notre avis, il n’est pas nécessaire qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action pour que la compétence existe sous le régime de l’al. 23c). Pour les besoins de l’art. 23, une demande est présentée sous le régime d’une loi fédérale « lorsque cette loi serait, si la demande était fondée, la source du droit du demandeur » (*Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), p. 579). Il suffit que la réparation sollicitée soit intimement liée aux droits et obligations conférés par une loi

if the relief ultimately flows from a different legal source. As such, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights that the claimant seeks to enforce arise from an Act of Parliament, then s. 23(c) confers a statutory grant of jurisdiction on the Federal Court.

[95] For example, in *Canadian Pacific Ltd. v. United Transportation Union*, [1979] 1 F.C. 609 (C.A.), the Federal Court of Appeal found that the first portion of s. 23 was satisfied in a claim relating to labour relations in an interprovincial work or undertaking because the claim was “brought in respect of collective agreements deriving their legal character from the *Canada Labour Code*” (p. 619). Similarly, in *Bensol Customs Brokers*, the Federal Court of Appeal also held that s. 23 was satisfied, where the plaintiff acquired its cause of action by subrogation — a doctrine governed by provincial law — because the *Carriage by Air Act*, R.S.C. 1985, c. C-26, was the source of the defendant’s liability. In other cases, the Federal Court has found jurisdiction where an Act of Parliament confers a right or obligation on an entity and the entity (or another party) seeks to enforce that right or obligation (see, e.g., *Federal Liberal Agency of Canada v. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 F.C. 319 (T.D.) (jurisdiction to grant an interlocutory injunction existed due to a statutory obligation imposed on the defendant)).

[96] Requiring a federal statute to expressly create a cause of action before jurisdiction may be founded under s. 23 is, in our view, unduly narrow and inconsistent with Parliament’s intent in creating the Federal Court. It is unduly narrow because all laws define rights, obligations, and liabilities, which are enforceable by the courts regardless of the degree of detail Parliament chose to use in spelling them out (S. A. Scott, “Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction” (1982), 27 *McGill L.J.* 137, at p. 186). The Federal Court has jurisdiction to enforce federally created rights or obligations in a claim relating to an international work or undertaking — and the jurisdiction of the court does not hinge on express language conferring remedies by which those rights or obligations may

fédérale, même si la réparation découle, en fin de compte, d’une source juridique différente. Ainsi, si la demande de réparation est liée à un ouvrage fédéral et les droits que le demandeur cherche à faire respecter découlent d’une loi fédérale, l’al. 23c) confère alors compétence à la Cour fédérale.

[95] Par exemple, dans *Canadien Pacifique Ltée c. Travailleurs unis des transports*, [1979] 1 C.F. 609 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a conclu que, dans des demandes liées aux relations de travail dans le cadre d’un ouvrage interprovincial, il avait été satisfait à la première partie de l’art. 23 parce que les demandes avaient été « intentées relativement à des conventions collectives tirant leur caractère juridique du *Code canadien du travail* » (p. 619). De même, dans *Bensol Customs Brokers*, la Cour d’appel fédérale a également conclu qu’il était satisfait à l’art. 23, alors que la demanderesse avait acquis sa cause d’action par subrogation — une doctrine régie par le droit provincial — parce que la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. 1985, c. C-26, était la source de la responsabilité de la défenderesse. Dans d’autres décisions, la Cour fédérale a conclu qu’elle avait compétence lorsqu’une loi fédérale conférait un droit ou une obligation à une entité et que cette entité (ou une autre partie) cherchait à faire respecter ce droit ou cette obligation (voir, par ex., *Agence libérale fédérale du Canada c. CTV Television Network Ltd.*, [1989] 1 C.F. 319 (1^{re} inst.) (la compétence pour accorder une injonction interlocutoire découle d’une obligation législative imposée à la défenderesse)).

[96] Le fait d’exiger qu’une loi fédérale crée expressément une cause d’action avant de conclure à l’existence de la compétence sous le régime de l’art. 23 constitue, à notre avis, une interprétation indûment étroite et incompatible avec l’intention du législateur lorsqu’il a institué la Cour fédérale. Il s’agit d’une interprétation indûment étroite parce que toutes les lois prévoient des droits, des obligations et des responsabilités, qui sont exécutoires en justice, sans égard au degré de détail que le législateur fédéral a choisi d’employer dans leur libellé (S. A. Scott, « Canadian Federal Courts and the Constitutional Limits of Their Jurisdiction » (1982), 27 *R.D. McGill* 137, p. 186). La Cour fédérale a compétence pour faire respecter les droits et obligations créés par une loi fédérale dans le cadre d’une demande relative à

be enforced. Once these rights and obligations arise from a federal statute, a claim that seeks to enforce them is one that is made “under” that federal statute for the purpose of s. 23.

[97] This broad interpretation is also consistent with Parliament’s original purpose in enacting s. 23, which was to provide a national forum that could adjudicate on national issues. Taking an unduly restrictive interpretation of the phrase “under an Act of Parliament” frustrates this purpose, as it will inevitably require claimants to go to provincial superior courts to enforce some of their federally created rights and obligations, while others may be enforced in the Federal Court.

[98] Our colleague asserts that a broad reading of s. 23 would lead to increased litigation over jurisdictional issues (para. 48). We respectfully disagree. A broad reading of s. 23 *avoids* jurisdictional disputes by allowing for sufficient overlap between the Federal Court and superior courts. Claimants can simply choose the court that is more likely to give them quicker and less expensive justice. Conversely, a narrow construction of s. 23 would lead to jurisdictional disputes. It would add unnecessary complexity to litigation, along with attendant delays and costs while the litigants do battle over whether their case falls within or outside the concurrent jurisdiction of the federal and superior courts. These concerns are particularly acute, since a narrow reading of the Federal Court’s concurrent jurisdiction may result in some issues being litigated in a superior court, while others are litigated in the Federal Court, leading to the conundrum described in *Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen*, [1979] 2 F.C. 476 (T.D.):

un ouvrage international — et la compétence de la cour ne repose pas sur un libellé exprès conférant des recours en vue d’assurer le respect de ces droits ou obligations. Dès lors que ces droits et obligations découlent d’une loi fédérale, une demande en vue d’en assurer le respect est présentée « sous le régime » de cette loi fédérale pour les besoins de l’art. 23.

[97] Cette interprétation large est également compatible avec l’objectif recherché à l’origine par le législateur en édictant l’art. 23, soit d’établir un tribunal national pouvant statuer sur des questions d’intérêt national. Le fait de donner une interprétation indûment restrictive à l’expression « sous le régime d’une loi fédérale » entrave la réalisation de cet objectif, puisque cela exigera inévitablement des demandeurs qu’ils s’adressent aux cours supérieures des provinces pour obtenir le respect de certains de leurs droits et obligations de création fédérale, alors que d’autres peuvent être exécutoires devant la Cour fédérale.

[98] Notre collègue affirme qu’une interprétation large de l’art. 23 entraînerait une multiplication des litiges en matière de compétence (par. 48). Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d’accord. Une interprétation large de l’art. 23 *évite* les litiges en matière de compétence en permettant que la compétence de la Cour fédérale et celle des cours supérieures se chevauchent dans une mesure suffisante. Les demandeurs peuvent simplement choisir le tribunal le plus susceptible de leur rendre justice de façon plus expéditive et moins onéreuse. À l’inverse, une interprétation restrictive de l’art. 23 mènerait à des litiges en matière de compétence. Elle rendrait les litiges inutilement plus complexes, avec les retards et les frais afférents, alors que les plaideurs débattent de la question de savoir si leur affaire relève ou non de la compétence concurrente des cours fédérale et supérieures. Ces préoccupations sont particulièrement graves, puisqu’une interprétation restrictive de la compétence concurrente de la Cour fédérale peut faire en sorte que certaines questions soient soumises à une cour supérieure, pendant que d’autres sont débattues devant la Cour fédérale, ce qui conduit au casse-tête décrit dans *Pacific Western Airlines Ltd. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 476 (1^{re} inst.) :

The plaintiffs, if they wish to continue against all defendants, must pursue their remedy in more than one court. Multiplication of proceedings raises the spectre of different results in different courts. The plaintiffs then face the question, in respect of the defendants, other than the Crown: the court of which province, or perhaps more than one province? . . .

The situation is lamentable. There are probably many other persons who have claims arising out of this air disaster. The jurisdictional perils must be, to all those potential litigants, mystifying and frightening. [p. 490]

Therefore, s. 23 should be construed broadly to ensure that, if the claim for relief is related to a federal work or undertaking and the rights being enforced arise from an Act of Parliament, the claimants may approach the Federal Court.

[99] In this case, the rights the Company seeks to enforce are sourced in two separate Acts of Parliament, both of which are essential to the ultimate relief sought by the Company.

[100] The first declaration claimed by the Company seeks to establish that the Ambassador Bridge is a federal work or undertaking. The *CTC Act* and the *International Bridges and Tunnels Act*, S.C. 2007, c. 1, are the source of the Company's right in this respect: s. 2 of the *CTC Act* declares the works and undertakings of the Company to be "for the general advantage of Canada", while s. 5 of the *International Bridges and Tunnels Act* states that all "[i]nternational bridges and tunnels are declared to be works for the general advantage of Canada."

[101] The second and fourth declarations relate to the Company's power to purchase, lease, and maintain land for the general maintenance of the Ambassador Bridge. This power is sourced in s. 8(e) of the *CTC Act*, which states:

8. Subject to the provisions of *The Railway Act, 1919*, and of the *Navigable Waters' Protection Act*, the Company may, —

Les demanderesse, si elles désirent continuer à agir contre tous les défendeurs, doivent le faire devant plusieurs juridictions. La multiplication des instances soulève le spectre de résultats différents selon les juridictions. Les demanderesse doivent aussi répondre à la question, au sujet des défendeurs autres que la Couronne : la cour de quelle province, ou, même, de quelles provinces? . . .

Cette situation est lamentable. Il y a probablement beaucoup d'autres justiciables auxquels est ouvert un recours consécutif à cette catastrophe aérienne. Ces écueils de la compétence doivent leur paraître et nébuleux et iniques. [p. 490]

En conséquence, l'art. 23 devrait recevoir une interprétation large de sorte que les demandeurs puissent s'adresser à la Cour fédérale si la demande de réparation a trait à un ouvrage fédéral et les droits que l'on veut faire respecter découlent d'une loi fédérale.

[99] En l'espèce, les droits que la Société vise à faire respecter proviennent de deux lois fédérales distinctes, les deux étant essentielles à l'égard de la réparation ultime qu'elle recherche.

[100] La première déclaration que sollicite la Société vise à établir que le pont Ambassador est un ouvrage fédéral. La *Loi sur la CTC* ainsi que la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, L.C. 2007, c. 1, sont la source du droit de la Société à cet égard : l'art. 2 de la *Loi sur la CTC* déclare que les travaux et l'entreprise de la Société sont « d'utilité publique au Canada », alors que l'art. 5 de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux* énonce que « [I]es ponts et tunnels internationaux sont déclarés être à l'avantage général du Canada. »

[101] Les deuxième et quatrième déclarations ont trait au pouvoir de la Société d'acheter, louer et entretenir des terrains pour l'entretien général du pont Ambassador. Ce pouvoir trouve sa source dans l'al. 8(e) de la *Loi sur la CTC*, qui énonce ce qui suit :

8. Subordonnément aux dispositions de la *Loi des chemins de fer, 1919*, et de la *Loi de la protection des eaux navigables*, la Compagnie peut

- (e) and the Company may purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge, tracks, terminal yards, accommodation works and facilities, and construct and erect and maintain buildings and other structures required for the convenient working of traffic to, from and over the said bridge, and for said lines of railway as the Company thinks necessary for any of the said purposes;

[102] The third declaration seeks to establish that municipal bylaws are inapplicable to the impugned properties. It is true, of course, that the ultimate source of the Company's right to the relief sought in the third declaration is the constitutional doctrine of interjurisdictional immunity,⁴ but its right to the relief claimed is equally tied to the *CTC Act* and to the *International Bridges and Tunnels Act*. The Company's right to acquire the properties and maintain the bridge, if proven, arises out of the *CTC Act*. And the status of the Ambassador Bridge as a federal work or undertaking arises out of the *International Bridges and Tunnels Act*. These provisions are the statutory source of the Company's right to claim relief from the alleged unconstitutional application of municipal bylaws to its properties.

[103] The entire purpose of the constitutional relief sought by the Company is to allow it to exercise the rights conferred on it by Parliament without impairment — in other words, to restore the proper constitutional state of affairs. In our view, all four declarations sought by the Company are sufficiently tied to rights and obligations conferred by federal statutes to meet the requirement under s. 23(c), that the claim for relief be brought “under an Act of Parliament”. There is, therefore, no basis to strike the claim in this regard.

⁴ Before this Court and the Federal Court of Appeal, the Company also raised the constitutional doctrine of paramountcy. However, the Company's notice of application before the Federal Court does not clearly raise paramountcy concerns. Accordingly, we have limited our analysis here to interjurisdictional immunity. That said, our conclusions would not change if a paramountcy argument formed part of the Company's application.

- (e) et la Compagnie peut acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont, les voies, les parcs de tête de ligne, les ouvrages et installations nécessaires, et construire et ériger et entretenir des édifices et autres structures nécessaires pour la mise en service convenable du trafic jusqu'au pont, venant du pont, et sur le pont, et pour lesdites lignes de chemin de fer, suivant que la Compagnie le croit nécessaire pour l'un quelconque desdits objets;

[102] La troisième déclaration vise à établir que les règlements municipaux sont inapplicables aux propriétés en cause. Il est certes vrai que la source ultime du droit de la Société à la réparation demandée dans la troisième déclaration est la doctrine constitutionnelle de l'exclusivité des compétences⁴, mais son droit à cette réparation est également lié à la *Loi sur la CTC* et à la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Le droit de la Société d'acquérir les propriétés et d'entretenir le pont, s'il est prouvé, découle de la *Loi sur la CTC*. Et le statut du pont Ambassador en tant qu'ouvrage fédéral découle de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*. Ces dispositions constituent la source législative du droit de la Société de réclamer réparation pour l'application, selon elle inconstitutionnelle, de règlements municipaux à ses propriétés.

[103] L'objet entier de la réparation constitutionnelle sollicitée par la Société est de lui permettre d'exercer les droits que lui a conférés le législateur, et ce, sans entrave — en d'autres mots, de restaurer l'état de fait constitutionnel approprié. À notre avis, les quatre déclarations que demande la Société sont toutes suffisamment liées à des droits et obligations conférés par des lois fédérales pour satisfaire à l'exigence prévue à l'al. 23c), soit que la demande de réparation soit présentée « sous le régime d'une loi fédérale ». La radiation de la demande à cet égard ne repose donc sur aucun fondement.

⁴ La Société a aussi soulevé, devant la Cour ainsi que la Cour d'appel fédérale, la doctrine constitutionnelle de la prépondérance fédérale. Toutefois, l'avis de demande que la Société a présenté à la Cour fédérale n'évoque pas clairement d'enjeux relativement à la prépondérance. Nous avons donc restreint notre analyse en l'espèce à l'exclusivité des compétences. Cela dit, nos conclusions ne changeraient pas si la Société avait soulevé un argument fondé sur la prépondérance fédérale dans sa demande.

[104] In concluding our analysis on s. 23, we note that the parties' submissions also touched upon the "or otherwise" portion of s. 23 ("under an Act of Parliament or otherwise"). This was interpreted by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, at pp. 1065-66, as requiring "applicable and existing federal law" in order to ground the Federal Court's jurisdiction thereunder and to properly confine it to the bounds of s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. While it is not necessary for us to decide whether this furnishes an additional basis for concluding that the Company's claim for declaratory relief satisfies s. 23, we simply observe that the subsisting authority of *Quebec North Shore* on this point is not obvious, since Laskin C.J.'s concern for "applicable and existing federal law" is now addressed by the second and third elements of the *ITO* test. Further, Laskin C.J.'s interpretation relied in part on his analysis of the French version of s. 23 and in particular of the French version of "or otherwise", which has been amended from "*ou autrement*" to "*ou d'une autre règle de droit en matière*" — which also suggests that *Quebec North Shore*'s gloss on s. 23 is now otiose.

B. *The CTC Act Plays an Essential Role in the Outcome of the Case*

[105] The second step of the *ITO* test is satisfied if there is "an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction" (*ITO*, at p. 766). As we have explained above, the second step of the *ITO* test serves to ensure that the Federal Court does not overstep its constitutionally limited role, as per s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. In our view, federal law, namely the *CTC Act*, plays a central role in the disposition of this case, and the Federal Court has jurisdiction over this claim.

[104] En concluant notre analyse relative à l'art. 23, signalons que les parties traitent aussi dans leurs observations de l'expression « ou d'une autre règle de droit » qui figure à cet article (« sous le régime d'une loi fédérale ou d'une autre règle de droit »). Dans *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, p. 1065-1066, le juge en chef Laskin a exprimé l'avis que cette expression exige « l'existence d'une législation fédérale applicable » pour fonder la compétence attribuée par cette disposition à la Cour fédérale et pour la circonscrire à juste titre à l'intérieur des limites de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que nous n'ayons pas à décider si cela constitue une autre raison de conclure que la demande de jugement déclaratoire présentée par la Société satisfait aux exigences de l'art. 23, nous faisons simplement remarquer qu'aujourd'hui, la pertinence de la règle tirée de *Quebec North Shore* n'est guère évidente, car les deuxième et troisième volets du critère de l'arrêt *ITO* traitent dorénavant de l'importance qu'attache le juge en chef Laskin à « l'existence d'une législation fédérale applicable ». De plus, l'interprétation retenue par le juge en chef Laskin s'appuie en partie sur son analyse de la version française de l'art. 23, où notamment l'expression « ou autrement » a été remplacée par « ou d'une autre règle de droit en matière », ce qui donne aussi à penser que les observations relatives à l'art. 23 faites dans *Quebec North Shore* sont maintenant superflues.

B. *La Loi sur la CTC joue un rôle essentiel dans la solution du litige*

[105] Il est satisfait au deuxième volet du critère *ITO* s'il « exist[e] un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence » (*ITO*, p. 766). Comme nous l'avons déjà expliqué, la deuxième étape du critère *ITO* permet de confirmer que la Cour fédérale n'outrepasse pas son rôle limité sur le plan constitutionnel, aux termes de l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À notre avis, le droit fédéral, à savoir la *Loi sur la CTC*, joue un rôle central dans la solution du présent litige, et la Cour fédérale a compétence pour juger la présente demande.

[106] The Federal Court, the Federal Court of Appeal and this Court have used different expressions when determining whether the role of federal law supports a finding of federal jurisdiction. Writing for the Federal Court of Appeal in this case, Stratas J.A. summarized them as follows (2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, at para. 39):

Different cases use different words and approaches to describe the degree of federal law that is sufficient. *ITO—International Terminal Operators*, above, inquires into whether provincial law is only “incidentally necessary” to the federal law in the case (at pages 781-782). Other authorities start with the federal law and ask whether it bears upon the case. For example, one formulation is whether “the rights and obligations of the parties are to be determined to some material extent by federal law” or whether the cause of action “is one affected” by federal law: *Bensol Customs Brokers Ltd. v. Air Canada*, [1979] 2 F.C. 575 (C.A.), at page 583. Yet another formulation is whether “the federal statute has an important part to play in determining the rights of the parties”: *R. v. Montreal Urban Community Transit Commission*, [1980] 2 F.C. 151, (C.A.), at page 153.

At bottom, the court must determine whether federal law will play a primary role in the outcome of the case. Where federal law provides an essential framework for the application of provincial law, the Federal Court “may apply provincial law incidentally necessary to resolve the issues” (*ITO*, at p. 781; F.C.A. reasons, at paras. 37 and 40).

[107] It is not, of course, the case that any dispute involving an undertaking that extends beyond the borders of a province, no matter how tangentially, will fall within the jurisdiction of the Federal Court. For example, no one would suggest that proceedings involving a minor offence under the *Highway Traffic Act*, R.S.O. 1990, c. H.8, would fall within the Federal Court’s jurisdiction simply because the offence occurred on the Ambassador Bridge. There would be no federal law essential to the disposition of such a case. The dispute before us, however, is not merely tangentially related to federal law.

[106] La Cour fédérale, la Cour d’appel fédérale et la Cour ont employé différentes expressions pour décider si le rôle du droit fédéral permet de conclure que la Cour fédérale a compétence. S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale en l’espèce, le juge Stratas les a résumées ainsi (2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, par. 39) :

La jurisprudence a employé différents mots et différentes méthodes pour qualifier la teneur en droit fédéral jugée suffisante. Selon la jurisprudence *ITO—International Terminal Operators*, précité, il faut rechercher si les principes « nécessaires » de droit provincial sont uniquement appliqués « accessoirement » au droit fédéral en cause dans l’affaire (aux pages 781 et 782). Parfois, la jurisprudence commence par examiner le droit fédéral et s’interroge sur son incidence sur l’affaire. Par exemple, la jurisprudence recherche parfois si « les droits et obligations des parties [devraient être] déterminés en partie par le droit fédéral » ou si la cause d’action « tire son origine du droit fédéral » (*Bensol Customs Brokers Ltd. c. Air Canada*, [1979] 2 C.F. 575 (C.A.), aux pages 582 et 583). Une autre formulation que l’on trouve est la suivante : « . . . la loi fédérale [a] un rôle important à jouer dans la détermination des droits des parties » (*R. c. Commission de transport de la communauté urbaine de Montréal*, [1980] 2 C.F. 151 (C.A.), à la page 153).

Au fond, le tribunal doit décider si le droit fédéral jouera un rôle principal dans la solution du litige. Lorsque le droit fédéral fournit un cadre essentiel pour l’application du droit provincial, la Cour fédérale « peut appliquer accessoirement le droit provincial nécessaire à la solution des points litigieux » (*ITO*, p. 781; motifs de la C.A.F., par. 37 et 40).

[107] Bien entendu, cela ne signifie pas que la Cour fédérale aura compétence à l’égard de tout litige lié à un ouvrage qui s’étend au-delà des limites d’une province, si indirect que ce soit ce lien. Par exemple, nul ne laisserait entendre qu’une instance relative à une infraction mineure au *Code de la route*, L.R.O. 1990, c. H.8, relèverait de la compétence de la Cour fédérale simplement parce que l’infraction aurait été commise sur le pont Ambassador. Il n’y aurait aucune règle de droit fédérale essentielle à la solution d’une telle affaire. Le litige dont nous sommes saisis, cependant, n’est pas simplement indirectement lié au droit fédéral.

[108] Two interrelated questions are at the heart of this dispute, both of which are intimately tied to the *CTC Act*: First, do the properties purchased by the Company form part of the “federal work or undertaking” of the Ambassador Bridge? If not, the Company’s claim will fail because the properties are not subject to any immunity from local regulation that the Company and the Ambassador Bridge may enjoy. If the properties do form part of the federal work or undertaking, then a second question arises: Are those properties immune from the municipal bylaw based on the doctrine of interjurisdictional immunity?

[109] The first question revolves around the scope of federal jurisdiction over federal works and undertakings. It is the body of law relating to this general area of jurisdiction that will resolve the dispute. The second question alludes to the doctrine of interjurisdictional immunity. Where relief is claimed under this constitutional doctrine relating to a federal work or undertaking, federal law will be essential to the disposition of the case.

[110] Interjurisdictional immunity protects the exclusivity of certain powers from interference by the other level of government. It was originally developed “to protect federally incorporated companies from provincial legislation affecting the essence of the powers conferred on them as a result of their incorporation” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 39, per Binnie and LeBel JJ.). Interjurisdictional immunity precludes “the application of provincial statutes to the specifically federal aspects” of federal works or undertakings where the application of those laws would impair the specifically federal aspect (i.e. the core) of that work or undertaking (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec v. Canada (National Battlefields Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 838, at p. 852, per Gonthier J.).

[111] The *CTC Act*, an indisputably valid federal statute, is essential to the disposition of this case, because it is central to the constitutional claim.

[108] Deux questions interreliées sont au cœur du présent litige, et les deux se rapportent intimement à la *Loi sur la CTC* : premièrement, les propriétés achetées par la Société font-elles partie de l’« ouvrage fédéral » que constitue le pont Ambassador? Dans la négative, la demande de la Société ne sera pas accueillie parce que les propriétés ne peuvent aucunement bénéficier d’une immunité dont peuvent jouir la Société et le pont Ambassador à l’encontre d’un règlement local. Si les propriétés font effectivement partie de l’ouvrage fédéral, cela soulève une deuxième question : ces propriétés sont-elles soustraites à l’application du règlement municipal sur le fondement de la doctrine de l’exclusivité des compétences?

[109] La première question tourne autour de l’étendue de la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux. C’est l’ensemble des règles de droit relatives à ce domaine général de compétence qui résoudra le litige. La deuxième question évoque la doctrine de l’exclusivité des compétences. Lorsqu’une réparation est réclamée au titre de cette doctrine constitutionnelle relativement à un ouvrage fédéral, le droit fédéral est essentiel à la solution du litige.

[110] La doctrine de l’exclusivité des compétences protège l’exclusivité de certains pouvoirs contre l’ingérence de l’autre ordre de gouvernement. Elle a initialement été élaborée « afin de protéger des compagnies constituées par le gouvernement fédéral contre des législations provinciales touchant l’essentiel des pouvoirs que leur accordait la constitution en personnes morales » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 39, les juges Binnie et LeBel). L’exclusivité des compétences empêche « l’application des lois provinciales sur les aspects spécifiquement fédéraux » des ouvrages fédéraux, lorsque l’application de ces lois porterait atteinte à l’aspect spécifiquement fédéral (c.-à-d. l’essence) de cet ouvrage (*Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, p. 852, le juge Gonthier).

[111] La *Loi sur la CTC*, sans contredire une loi fédérale valide, est essentielle à la solution du présent litige, parce qu’elle est au cœur de la demande

Thus, the *CTC Act* satisfies the second requirement of the *ITO* test.

[112] The *CTC Act* is the constituent statute of the Company, and as such, it determines the rights and obligations of the Company. Sections 2 and 8 of the *CTC Act* are particularly important for the disposition of this case. As indicated, s. 2 declares the Company's works and undertakings "to be for the general advantage of Canada". Section 8 establishes the powers of the Company. These powers include the powers to "construct, maintain and operate a railway and general traffic bridge", to "purchase, lease or otherwise acquire and hold lands for the bridge", and to "expropriate and take an easement in, over, under or through any lands without the necessity of acquiring a title in fee simple thereto". Finally, s. 5 of the *International Bridges and Tunnels Act* states that all international bridges and tunnels "are declared to be works for the general advantage of Canada". The Company relies principally on these sections to found its claim.

[113] The declarations sought by the Company make clear that the dispute is generally concerned with the *CTC Act* and federal jurisdiction over federal works and undertakings, pursuant to s. 92(10)(a) and s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. The first declaration pertains to the scope of the Company's federal undertaking as governed by the *CTC Act*. The second declaration relates to the extent of the Company's rights to acquire land under the *CTC Act*. The third declaration is about the applicability of bylaws to properties acquired and held by the Company (utilizing its rights under the *CTC Act*); and the fourth declaration seeks to establish that certain properties purchased by the Company are necessary for the continued operation and maintenance of the Ambassador Bridge. Determining whether to grant the declarations sought by the Company will primarily entail interpreting the *CTC Act* in order to resolve the constitutional claims. The Federal Court would first need to determine whether the Windsor properties are part of the Company's bridge undertaking. The terms of the bylaw will not be relevant unless and until it is found that the properties do form part of the Ambassador Bridge project and therefore form

fondée sur la Constitution. Ainsi, la *Loi sur la CTC* satisfait au deuxième volet du critère *ITO*.

[112] La *Loi sur la CTC* est la loi constitutive de la Société et, à ce titre, elle détermine les droits et obligations de la Société. Les articles 2 et 8 de la *Loi sur la CTC* sont d'une importance particulière pour la solution du présent litige. Comme il est mentionné, selon l'art. 2, les travaux et l'entreprise de la Société sont déclarés « être d'utilité publique au Canada ». L'article 8 établit les pouvoirs de la Société. Sont prévus notamment les pouvoirs de « construire, entretenir et mettre en service un pont de chemin de fer et de circulation générale », d'« acheter, louer ou autrement acquérir et posséder des terrains pour le pont », ainsi que le pouvoir d'« exproprier et créer une servitude dans, sur, en dessous ou à travers tous terrains sans qu'il soit nécessaire de les acquérir en pleine et entière propriété ». Enfin, aux termes de l'art. 5 de la *Loi sur les ponts et tunnels internationaux*, les ponts et tunnels internationaux « sont déclarés être à l'avantage général du Canada ». Ces articles constituent le fondement principal de la demande de la Société.

[113] Les déclarations que sollicite la Société établissent clairement que le litige fait généralement intervenir la *Loi sur la CTC* ainsi que la compétence fédérale sur les ouvrages fédéraux, conformément aux al. 92(10)a) et 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première déclaration se rapporte à l'étendue de l'entreprise fédérale de la Société, telle qu'elle est régie par la *Loi sur la CTC*. La deuxième déclaration a trait à la portée des droits de la Société d'acquérir des terrains aux termes de la *Loi sur la CTC*. La troisième déclaration a trait à l'applicabilité de règlements aux propriétés acquises et possédées par la Société (dans l'exercice de ses droits aux termes de la *Loi sur la CTC*), et la quatrième déclaration vise à établir que certaines propriétés achetées par la Société sont nécessaires pour l'exploitation et l'entretien continu du pont Ambassador. Pour décider s'il y a lieu de faire droit aux déclarations sollicitées par la Société, il faut principalement interpréter la *Loi sur la CTC* de manière à résoudre les demandes fondées sur la Constitution. La Cour fédérale devrait d'abord déterminer si les propriétés situées à Windsor font partie de l'entreprise de la Société relative au pont. Le libellé du règlement ne sera

part of a federal work or undertaking. Even then, the court would only have to consider the terms of the bylaw to determine whether they impair the vital or essential part of the federal work or undertaking. In sum, from beginning to end, the *CTC Act* plays an essential role in the outcome of this case, while the bylaw only plays a subsidiary or incidental role.

[114] This Court's judgment in *Rhine v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 442, dealt with two appeals and supports our conclusion. This Court held that contractual claims regarding, in one case, an advance payment made under a federal Act to assist grain producers and, in the other, a student loan, could be heard in the Federal Court because both the advance payment and the loan were governed by a federal statute. The sources of the rights were the contracts — a matter of provincial law — rather than the statutes, but the statutes created a detailed framework that governed the advance payment and the loan. Likewise, here, although the source of the relief may be anchored in constitutional law, the *CTC Act* provides a framework for the rights and obligations of the Company.

[115] The dispute before us relies principally on federal law. We recognize that the *CTC Act* is not the *only* law at issue in this dispute; the Federal Court will also have to consider constitutional law and, very probably, municipal law. However, the *CTC Act* is essential to the disposition of this case, and it nourishes the statutory grant of the Federal Court's jurisdiction, satisfying the second step of the *ITO* test.

C. *The CTC Act Is Valid Federal Law*

[116] Having concluded that the Federal Court has statutory jurisdiction pursuant to s. 23(c) and that the *CTC Act* is a federal law that plays an essential role in the disposition of the case, the third branch of the *ITO* test requires us to consider whether the *CTC Act* is valid federal law. There is no dispute in

pas pertinent tant que le tribunal n'aura pas conclu que les propriétés font effectivement partie du projet relatif au pont Ambassador et qu'elles font donc partie d'un ouvrage fédéral. Même alors, le tribunal n'aurait qu'à examiner les termes du règlement pour déterminer s'ils portent atteinte à la partie vitale ou essentielle de l'ouvrage fédéral. En résumé, du début à la fin, la *Loi sur la CTC* joue un rôle essentiel à la solution du présent litige, alors que le règlement est cantonné dans un rôle subsidiaire ou accessoire.

[114] L'arrêt de la Cour *Rhine c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 442, tranchait deux pourvois et appuie notre conclusion. Dans cet arrêt, la Cour a statué que la Cour fédérale pouvait instruire les actions contractuelles en recouvrement, dans un cas, d'un paiement anticipé versé sous le régime d'une loi fédérale d'aide aux producteurs de grain, et, dans l'autre cas, d'un prêt étudiant, parce que le paiement anticipé et le prêt étaient régis par une loi fédérale. Les sources des droits étaient les contrats — une matière qui relève du droit provincial — plutôt que les lois, mais celles-ci créaient un cadre détaillé régissant le paiement anticipé et le prêt. De même, en l'espèce, bien que la source de la réparation puisse être ancrée dans le droit constitutionnel, la *Loi sur la CTC* encadre les droits et obligations de la Société.

[115] Le litige qui nous occupe repose principalement sur le droit fédéral. Nous reconnaissons que les dispositions de la *Loi sur la CTC* ne sont pas les *seules* règles de droit en cause dans le présent litige; la Cour fédérale devra également examiner le droit constitutionnel et, très probablement, le droit municipal. Toutefois, la *Loi sur la CTC* est essentielle à la solution du présent litige, et elle constitue le fondement de l'attribution législative de compétence à la Cour fédérale, ce qui satisfait au deuxième volet du critère *ITO*.

C. *La Loi sur la CTC est une loi fédérale valide*

[116] Puisque nous avons conclu que l'al. 23c) est attributif de compétence à la Cour fédérale, et que la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale qui joue un rôle essentiel dans la solution du litige, le troisième volet du critère *ITO* exige que nous examinions si la *Loi sur la CTC* est une loi fédérale valide.

this case that it is. The third branch of the *ITO* test is satisfied here.

[117] However, we agree with the observations of Stratas J.A. at the Federal Court of Appeal, who suggested that this element is somewhat duplicative of the second because “the two branches together address a single concept”, i.e. whether the Federal Court has constitutional jurisdiction over a particular case (para. 21). In our view, the first and second elements do the heavy lifting in the analysis, and it may be worth considering in a future case whether the test for Federal Court jurisdiction should be simplified to account for this. However, it is not necessary to do so in this case, as all of the elements of the *ITO* test are established here.

IV. Conclusion

[118] We end where we began. This case involves a federal company, created under a specially enacted federal statute, whose sole function under the statute is to operate a federal undertaking and whose claim for declaratory relief focusses exclusively on its right to carry out its statutory mandate free from unconstitutional constraints imposed by municipal bylaws. As the Federal Court of Appeal concluded, the Federal Court has jurisdiction to hear the Company’s application. We are satisfied that the *ITO* test is met: there is a statutory grant of jurisdiction under s. 23(c) of the *Federal Courts Act*, and valid federal law is essential to the disposition of the case. It follows that we would dismiss the appeal, with costs to the Company.

[119] That is the end of the matter so far as this Court is concerned. It remains for the Federal Court to decide whether it should exercise its jurisdiction to hear the Company’s application, or decline to do so in favour of the Superior Court (see *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paras. 37-38; *Federal Courts Act*, s. 50(1)). Whether the Superior Court would be a

Il ne fait aucun doute en l’espèce que c’est le cas. Il est satisfait au troisième volet du critère *ITO* dans la présente affaire.

[117] Nous souscrivons cependant aux observations du juge Stratas de la Cour d’appel fédérale, qui a laissé entendre que ce volet chevauchait jusqu’à un certain point le deuxième parce que « les deux volets du critère visent une même question », soit celle de savoir si la Cour fédérale a la compétence constitutionnelle pour être saisie d’un litige en particulier (par. 21). À notre avis, ce sont les premier et deuxième volets qui pèsent lourd dans l’analyse, et, dans une future affaire, il pourrait être utile d’examiner si le critère relatif à la compétence de la Cour fédérale devrait être simplifié pour tenir compte de cette considération. Toutefois, il n’est pas nécessaire de le faire en l’espèce, puisque tous les volets du critère *ITO* sont établis.

IV. Conclusion

[118] Nous revenons à notre point de départ. La présente affaire concerne une société fédérale, créée en vertu d’une loi fédérale spéciale, dont la seule fonction prévue par la loi consiste à exploiter une entreprise fédérale et dont la demande de jugement déclaratoire vise exclusivement son droit de s’acquitter de son mandat légal sans égard aux contraintes inconstitutionnelles imposées par des règlements municipaux. Comme l’a conclu la Cour d’appel fédérale, la Cour fédérale a compétence pour entendre la demande de la Société. Nous sommes convaincus qu’il est satisfait au critère *ITO* : il existe une attribution de compétence aux termes de l’al. 23c) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et une règle de droit fédérale valide est essentielle à la solution du litige. Nous rejetterions donc le pourvoi, avec dépens en faveur de la Société.

[119] Cela clôt l’affaire en ce qui concerne la Cour. Il reste à la Cour fédérale à décider si elle doit exercer sa compétence pour entendre la demande de la Société, ou refuser de le faire en faveur de la Cour supérieure (voir *Strickland v. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 37-38; *Loi sur les Cours fédérales*, par. 50(1)). La question de savoir si la Cour

more appropriate forum for the resolution of the issues raised in this application was not argued before us. But the parties do not dispute that the Superior Court also has the jurisdiction to decide these issues.

[120] In deciding whether to exercise its jurisdiction, the Federal Court should consider the factors set out by this Court in *Strickland*, including whether the Company has an adequate and effective recourse in a forum in which litigation is already taking place, expeditiousness, and the economical use of judicial resources (para. 42). Three observations in this regard are apposite. First, the applications judge commented that the Superior Court — where proceedings were already commenced (albeit four months after the Company had already filed its application for declaratory relief in the Federal Court) and over which the City had carriage — offered the Company an adequate alternative forum (2014 FC 461, 455 F.T.R. 154, at para. 21). In this vein, we find it significant that the arguments that the Company wishes to make in support of its claim — namely, that the City’s bylaws are inapplicable pursuant to the doctrine of interjurisdictional immunity — could have been made in the context of those proceedings. Second, as the intervener the Attorney General of Canada submitted, the interests of justice are not well served by permitting parties to bring multiple proceedings before different courts seeking identical relief. And finally, the Superior Court may well furnish a not merely adequate but more effective forum to dispose of this case than the Federal Court, because it will involve the application of municipal law, in which the Superior Court has considerable institutional experience.

[121] In short, there may be good reason for the Federal Court to decline to hear the Company’s application. Indeed, it would be open to the Federal Court to question the value of this separate application, given the delay and increased cost it has brought to the litigation between the City and the Company.

supérieure constituerait un forum plus approprié au règlement des points soulevés dans le cadre de la présente demande n’a pas été plaidée devant nous, mais les parties ne contestent pas le fait que la Cour supérieure est également compétente pour trancher ces questions.

[120] En décidant d’exercer ou non sa compétence, la Cour fédérale devrait examiner les facteurs énoncés par la Cour dans *Strickland*, notamment si la Société a un recours adéquat et efficace devant un tribunal déjà saisi du litige, la célérité, et l’utilisation économique des ressources judiciaires (par. 42). Trois observations sont pertinentes à cet égard. Premièrement, le juge des requêtes a fait remarquer que la Cour supérieure — où, à l’initiative de la Ville, l’instance était déjà engagée (quatre mois, cependant, après que la Société eut introduit sa demande de jugement déclaratoire devant la Cour fédérale) — représentait un autre tribunal adéquat pour la Société (2014 CF 461, par. 21 (CanLII)). Dans cet ordre d’idées, nous trouvons significatif que les arguments que la Société souhaite présenter à l’appui de sa demande — à savoir que les règlements de la Ville sont inapplicables suivant la doctrine de l’exclusivité des compétences — auraient pu être présentés dans le cadre de cette instance. Deuxièmement, comme l’a soutenu l’intervenant le procureur général du Canada, les intérêts de la justice ne sont pas bien servis lorsque l’on permet aux parties d’introduire de multiples instances devant différentes cours pour solliciter la même réparation. Et enfin, la Cour supérieure peut bien s’avérer un tribunal non simplement adéquat mais plus efficace que la Cour fédérale pour trancher ce litige, puisqu’il fera intervenir l’application du droit municipal, un domaine dans lequel la Cour supérieure possède une expérience institutionnelle considérable.

[121] En bref, la Cour fédérale peut avoir un bon motif de refuser d’entendre la demande de la Société. En effet, la Cour fédérale pourrait s’interroger sur la valeur de cette demande distincte, étant donné le délai et l’augmentation des coûts qu’elle a générés dans le litige opposant la Ville et la Société.

The following are the reasons delivered by

[122] ABELLA J. (dissenting) — I agree with Justice Karakatsanis about the role and jurisdiction generally of the Federal Court. With great respect, however, like Justices Moldaver and Brown, in my view this Court’s test in *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, has been met. The Canadian Transit Company’s application is grounded in *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, S.C. 1921, c. 57. This is an “an Act of Parliament” as referred to in s. 23 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, thereby satisfying the first branch of the *ITO* test. The second branch is satisfied because the interpretation of this federal law is essential to the disposition of the case. And the third branch is satisfied because *An Act to incorporate The Canadian Transit Company*, as an act of the federal Parliament, is clearly a “law of Canada”.

[123] But notwithstanding that the Federal Court has concurrent jurisdiction with the Ontario Superior Court of Justice, it should not, in my respectful view, exercise it in this case. Unlike Justices Moldaver and Brown, therefore, I would not remit the matter to the Federal Court to determine whether it should decline to exercise its jurisdiction and grant a stay.

[124] A stay is authorized where the claim is proceeding in another court or where it is in the interests of justice to do so (s. 50(1) of the *Federal Courts Act*). This discretion to order a stay is guided by the principle of securing “the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits” (rule 3 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106; *Coote v. Lawyers’ Professional Indemnity Co.*, 2013 FCA 143, at para. 12 (CanLII); see also *Strickland v. Canada (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 713, at paras. 42-43). On the facts of this case, this leads to the inevitable conclusion that there should be a stay.

Version française des motifs rendus par

[122] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Je suis d’accord avec la juge Karakatsanis quant à la façon dont elle expose généralement le rôle et la compétence de la Cour fédérale. Soit dit en tout respect cependant, je suis d’avis, à l’instar des juges Moldaver et Brown, que le critère établi par notre Cour dans *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, a été respecté. La société The Canadian Transit Company (« Société ») fonde sa demande sur la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, S.C. 1921, c. 57. Cette loi est « une loi fédérale » visée à l’art. 23 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, et en conséquence, il est satisfait au premier volet du critère *ITO*. Il est satisfait au deuxième volet de ce critère puisque l’interprétation de cette loi fédérale est essentielle à la solution du litige. Et il est satisfait au troisième volet du critère puisque la *Loi constituant en corporation « The Canadian Transit Company »*, une loi du Parlement, est manifestement une « loi du Canada ».

[123] Mais même si la Cour fédérale possède une compétence concurrente à celle de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, j’estime avec égards qu’elle ne devrait pas l’exercer en l’espèce. En conséquence, contrairement aux juges Moldaver et Brown, je ne renverrais pas l’affaire devant la Cour fédérale pour qu’elle décide si elle doit refuser d’exercer sa compétence et ordonner la suspension de l’instance.

[124] Une suspension d’instance est permise lorsque la demande est en instance devant un autre tribunal, ou lorsque l’intérêt de la justice l’exige (par. 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*). L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’ordonner la suspension de l’instance obéit au principe suivant lequel il faut apporter « une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » (art. 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106; *Coote c. Lawyers’ Professional Indemnity Co.*, 2013 CAF 143, par. 12 (CanLII); voir également *Strickland c. Canada (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 713, par. 42-43). Compte tenu des faits de la présente affaire, il faut inévitablement conclure que la suspension de l’instance s’impose.

[125] Those facts are that on October 9, 2013, the Canadian Transit Company appealed the repair orders imposed by the City of Windsor on September 24, 2013, to the Property Standards Committee. The appeal was scheduled to be heard on October 28, 2013. On October 15, 2013, the Canadian Transit Company filed its application for declaratory relief at the Federal Court. It continued nonetheless to participate in the appeal proceedings before the Property Standards Committee.

[126] On November 1, 2013, the Property Standards Committee released its appeal decision modifying 83 of the City's repair orders to permit demolition as requested by the Canadian Transit Company. On November 14, 2013, the City of Windsor appealed these demolition orders. The Committee deferred the hearing of the appeals dealing with the remaining 31 properties pending settlement discussions between the Canadian Transit Company and the City of Windsor. Those discussions were unsuccessful.

[127] On January 28, 2014, the Property Standards Committee informed the parties that it was upholding the original repair orders for the 31 properties. On February 10, 2014, the Canadian Transit Company appealed the Committee's decision upholding these 31 repair orders.

[128] Both the Canadian Transit Company's appeal of the 31 repair orders and the City's appeal of the 83 demolition orders were to the Ontario Superior Court. The appeals were scheduled to be heard on April 7 and April 8, 2014.

[129] Rather than wait for the outcome of the appeals before the Superior Court, the Canadian Transit Company sought to activate the Federal Court's intervention it had initiated on October 15, 2013.

[130] It cannot be seriously contested that the issues raised by the Canadian Transit Company in its Federal Court application can be resolved in the context of the parties' ongoing litigation before the Superior Court. The result of diverting the course of the proceedings into a jurisdictional side-show is obvious — additional expense and delay in aid of

[125] Ces faits sont les suivants : le 9 octobre 2013, la Société a fait appel devant le Property Standards Committee (« Comité ») des ordres de réparation que lui a donnés la City of Windsor (« Ville de Windsor » ou « Ville ») le 24 septembre 2013. L'appel devait être entendu le 28 octobre 2013. Le 15 octobre 2013, la Société a introduit sa demande de jugement déclaratoire devant la Cour fédérale. Elle a néanmoins continué à prendre part aux procédures d'appel devant le Comité.

[126] Le 1^{er} novembre 2013, le Comité a rendu la décision par laquelle il modifiait 83 des ordres de réparation donnés par la Ville afin de permettre la démolition comme le demandait la Société. Le 14 novembre 2013, la Ville de Windsor a fait appel de ces ordonnances de démolition. Le Comité a reporté l'audition des appels relatifs aux 31 autres propriétés en attendant l'issue des discussions que menaient la Société et la Ville de Windsor en vue d'un règlement. Ces discussions n'ont pas abouti.

[127] Le 28 janvier 2014, le Comité a informé les parties qu'il maintenait les ordres de réparation visant les 31 propriétés susmentionnées. Le 10 février 2014, la Société a fait appel de la décision du Comité maintenant ces 31 ordres de réparation.

[128] La Cour supérieure de l'Ontario a été saisie de l'appel de la Société relatif aux 31 ordres de réparation, ainsi que de l'appel de la Ville à l'encontre des 83 ordonnances de démolition. Ces appels devaient être entendus les 7 et 8 avril 2014.

[129] Au lieu d'attendre l'issue des appels interjetés devant la Cour supérieure, la Société a voulu activer l'intervention de la Cour fédérale qu'elle avait demandée le 15 octobre 2013.

[130] On ne peut sérieusement contester le fait que les questions soulevées par la Société dans la demande introduite en Cour fédérale peuvent être résolues dans le cadre du litige opposant les parties devant la Cour supérieure. Le résultat de la diversion du cours de l'instance par cette distraction de nature juridictionnelle est évident — des coûts et

nothing except avoiding a determination of the merits for as long as possible. To date, that jurisdictional diversion has cost the public a delay of three years. There is no basis for further delaying the Superior Court proceedings. In the words of the Federal Court's rules, it is neither "just" nor "expeditious" for it to weigh in on these proceedings, needlessly complicating and extending them. Remitting the matter to the Federal Court to reach the irresistible conclusion that a stay is warranted adds needlessly to the expense and delay.

[131] I would therefore dismiss the appeal in part and direct that a stay of the Federal Court proceedings be entered.

Appeal allowed with costs, ABELLA, MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Aird & Berlis, Toronto.

Solicitors for the respondent: Torys, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Canadian Municipalities: Federation of Canadian Municipalities, Ottawa; Supreme Advocacy, Ottawa.

délais additionnels qui n'aident en rien si ce n'est à repousser le plus longtemps possible une décision sur le fond. Jusqu'à maintenant, cette manœuvre de diversion juridictionnelle a coûté trois ans de délais au public. Rien ne justifie de retarder davantage l'instance devant la Cour supérieure. Aux termes des règles de la Cour fédérale, il n'est ni « juste » ni « expéditif » que la Cour fédérale se prononce sur ces procédures en les compliquant et les prolongeant inutilement. Renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour qu'elle arrive à la conclusion irrésistible qu'une suspension de l'instance s'impose ne fait qu'ajouter des dépenses et prolonger les délais inutilement.

[131] Je suis en conséquence d'avis de rejeter le pourvoi en partie et d'ordonner la suspension des procédures en Cour fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Aird & Berlis, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Torys, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des municipalités : Fédération canadienne des municipalités, Ottawa; Supreme Advocacy, Ottawa.

Appendix C

TAB 1

First Session, Forty-second Parliament,
64-65-66-67 Elizabeth II, 2015-2016-2017-2018

Première session, quarante-deuxième législature,
64-65-66-67 Elizabeth II, 2015-2016-2017-2018

STATUTES OF CANADA 2018

LOIS DU CANADA (2018)

CHAPTER 10

CHAPITRE 10

An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts

Loi apportant des modifications à la Loi sur les transports au Canada et à d'autres lois concernant les transports ainsi que des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois

ASSENTED TO

MAY 23, 2018

BILL C-49

SANCTIONNÉE

LE 23 MAI 2018

PROJET DE LOI C-49

RECOMMENDATION

His Excellency the Governor General recommends to the House of Commons the appropriation of public revenue under the circumstances, in the manner and for the purposes set out in a measure entitled "*An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts*".

SUMMARY

This enactment amends the *Canada Transportation Act* in respect of air transportation and railway transportation.

With respect to air transportation, it amends the *Canada Transportation Act* to require the Canadian Transportation Agency to make regulations establishing a new air passenger rights regime and to authorize the Governor in Council to make regulations requiring air carriers and other persons providing services in relation to air transportation to report on different aspects of their performance with respect to passenger experience or quality of service. It amends the definition of Canadian in that Act in order to raise the threshold of voting interests in an air carrier that may be owned and controlled by non-Canadians while retaining its Canadian status, while also establishing specific limits related to such interests. It also amends that Act to create a new process for the review and authorization of arrangements involving two or more transportation undertakings providing air services to take into account considerations respecting competition and broader considerations respecting public interest.

With respect to railway transportation, it amends the Act to, among other things,

- (a)** provide that the Canadian Transportation Agency will offer information and informal dispute resolution services;
- (b)** expand the Governor in Council's powers to make regulations requiring major railway companies to provide to the Minister of Transport and the Agency information relating to rates, service and performance;
- (c)** repeal provisions of the Act dealing with insolvent railway companies in order to allow the laws of general application respecting bankruptcy and insolvency to apply to those companies;
- (d)** clarify the factors that must be applied in determining whether railway companies are fulfilling their service obligations;
- (e)** shorten the period within which a level of service complaint is to be adjudicated by the Agency;

RECOMMANDATION

Son Excellence le gouverneur général recommande à la Chambre des communes l'affectation de deniers publics dans les circonstances, de la manière et aux fins prévues dans une mesure intitulée « *Loi apportant des modifications à la Loi sur les transports au Canada et à d'autres lois concernant les transports ainsi que des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois* ».

SOMMAIRE

Le texte modifie la *Loi sur les transports au Canada*. Certaines modifications visent le transport aérien alors que d'autres visent le transport ferroviaire.

En ce qui a trait au transport aérien, le texte modifie la *Loi sur les transports au Canada* afin que l'Office des transports du Canada soit tenu de prendre des règlements pour établir un nouveau régime de droits des passagers aériens et pour que le gouverneur en conseil soit autorisé à prendre des règlements pour exiger des transporteurs aériens et des fournisseurs de services en matière de transport aérien qu'ils fassent rapport sur différents aspects de leur rendement quant à la qualité du service ou à l'expérience passager. Il modifie la définition de « Canadien » prévue par cette loi afin d'élever le seuil des intérêts avec droit de vote d'un transporteur aérien qui peuvent être détenus et contrôlés par des non-Canadiens sans que le transporteur ne perde la qualité de Canadien, tout en établissant des limites précises liées à ces intérêts. Il modifie aussi cette loi afin d'établir un nouveau processus pour l'examen et l'autorisation des ententes entre au moins deux entreprises de transport qui offrent des services aériens pour tenir compte des aspects liés à la concurrence et de considérations, plus larges, touchant l'intérêt public.

En ce qui a trait au transport ferroviaire, le texte apporte plusieurs modifications à cette loi, notamment afin :

- a)** de prévoir que l'Office des transports du Canada offrira des services d'information et de règlement informel de différends;
- b)** de conférer au gouverneur en conseil des pouvoirs accrus d'exiger, par règlement, des compagnies de chemin de fer importantes qu'elles fournissent au ministre des Transports et à l'Office des renseignements relatifs à leurs services, à leurs prix et à leur rendement;
- c)** d'abroger des dispositions portant sur la faillite et l'insolvabilité des compagnies de chemin de fer pour que les lois d'application générale en matière de faillite et d'insolvabilité s'appliquent à ces compagnies;
- d)** de clarifier les éléments à prendre en compte pour décider si les compagnies de chemin de fer s'acquittent de leurs obligations en matière de service;

- (f)** enable shippers to obtain terms in their contracts dealing with amounts to be paid in relation to a failure to comply with conditions related to railway companies' service obligations;
- (g)** require the Agency to set the interswitching rate annually;
- (h)** create a new remedy for shippers who have access to the lines of only one railway company at the point of origin or destination of the movement of traffic in circumstances where interswitching is not available;
- (i)** change the process for the transfer and discontinuance of railway lines to, among other things, require railway companies to make certain information available to the Minister and the public and establish a remedy for non-compliance with the process;
- (j)** change provisions respecting the maximum revenue entitlement for the movement of Western grain and require certain railway companies to provide to the Minister and the public information respecting the movement of grain; and
- (k)** change provisions respecting the final offer arbitration process by, among other things, increasing the maximum amount for the summary process to \$2 million and by making a decision of an arbitrator applicable for a period requested by the shipper of up to two years.

It amends the *CN Commercialization Act* to increase the maximum proportion of voting shares of the Canadian National Railway Company that can be held by any one person to 25%.

It amends the *Railway Safety Act* to prohibit a railway company from operating railway equipment and a local railway company from operating railway equipment on a railway unless the equipment is fitted with the prescribed recording instruments and the company, in the prescribed manner and circumstances, records the prescribed information using those instruments, collects the information that it records and preserves the information that it collects. This enactment also specifies the circumstances in which the prescribed information that is recorded can be used and communicated by companies, the Minister of Transport and railway safety inspectors.

It amends the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* to allow the use or communication of an on-board recording, as defined in subsection 28(1) of that Act, if that use or communication is expressly authorized under the *Aeronautics Act*, the *National Energy Board Act*, the *Railway Safety Act* or the *Canada Shipping Act, 2001*.

It amends the *Canadian Air Transport Security Authority Act* to authorize the Canadian Air Transport Security Authority to enter into agreements for the delivery of screening services on a cost-recovery basis.

It amends the *Coasting Trade Act* to enable repositioning of empty containers by ships registered in any register. These amendments are conditional on Bill C-30, introduced in the 1st session of the 42nd Parliament and entitled the *Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, receiving royal assent and sections 91 to 94 of that Act coming into force.

- e)** d'écourter le délai accordé à l'Office pour rendre sa décision à l'égard des plaintes portant sur les niveaux de services;
- f)** de conférer aux expéditeurs le droit d'obtenir des conditions contractuelles relativement aux sommes à payer en cas de non-respect des conditions liées aux obligations de service des compagnies de chemin de fer;
- g)** de prévoir que l'Office établisse annuellement le prix pour l'interconnexion;
- h)** de prévoir un nouveau recours pour les expéditeurs qui n'ont accès qu'aux lignes d'une seule compagnie de chemin de fer au point d'origine ou de destination du transport dans les circonstances où l'interconnexion n'est pas disponible;
- i)** de changer le processus de transfert et de cessation de l'exploitation des lignes de chemin de fer afin, notamment, d'exiger des compagnies de chemin de fer qu'elles rendent certains renseignements disponibles au ministre et au public et de prévoir un recours en cas de non-respect du processus;
- j)** de modifier les dispositions portant sur le revenu admissible maximal pour le transport du grain de l'Ouest et d'obliger certaines compagnies de chemin de fer à fournir au ministre et au public des renseignements relatifs au transport du grain;
- k)** de modifier les dispositions portant sur l'arbitrage sur l'offre finale, notamment en augmentant le montant maximal pour la procédure sommaire à 2 000 000 \$ et en rendant les décisions de l'arbitre applicables pour une durée, choisie par l'expéditeur, pouvant aller jusqu'à deux ans.

Le texte modifie la *Loi sur la commercialisation du CN* afin d'augmenter à vingt-cinq pour cent la proportion maximale des actions avec droit de vote de la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada qu'une personne peut détenir.

Le texte modifie la *Loi sur la sécurité ferroviaire* afin d'interdire à une compagnie de chemin de fer d'exploiter du matériel ferroviaire ou à une compagnie de chemin de fer locale d'exploiter du matériel ferroviaire sur un chemin de fer, sauf si le matériel ferroviaire est muni des appareils d'enregistrement réglementaires et que la compagnie, selon les modalités et dans les circonstances réglementaires, enregistre les renseignements réglementaires au moyen de ces appareils, recueille les renseignements enregistrés et conserve les renseignements recueillis. Le texte prévoit aussi les circonstances dans lesquelles les compagnies, le ministre des Transports et les inspecteurs de la sécurité ferroviaire peuvent utiliser et communiquer les renseignements réglementaires enregistrés.

Le texte modifie la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports* pour permettre l'utilisation ou la communication d'un enregistrement de bord, au sens du paragraphe 28(1) de cette loi, si cette utilisation ou communication est expressément autorisée sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* ou de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*.

Le texte modifie la *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien* afin de permettre à l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien de conclure des ententes en matière de fourniture de services de contrôle selon le principe du recouvrement des coûts.

Le texte modifie la *Loi sur le cabotage* pour permettre le repositionnement de conteneurs vides par les navires immatriculés dans tout registre, à condition que le projet de loi C-30, déposé au cours de la 1^{re} session de la 42^e législature et intitulé *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, reçoive la sanction et

It amends the *Canada Marine Act* to permit port authorities and their wholly-owned subsidiaries to receive loans and loan guarantees from the Canada Infrastructure Bank. These amendments are conditional on Bill C-44, introduced in the 1st session of the 42nd Parliament and entitled the *Budget Implementation Act, 2017, No. 1*, receiving royal assent.

Finally, it makes related and consequential amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*, the *Competition Act*, the *Companies' Creditors Arrangement Act*, the *Air Canada Public Participation Act*, the *Budget Implementation Act, 2009* and the *Fair Rail for Grain Farmers Act*.

que les articles 91 à 94 de cette dernière loi soient entrés en vigueur.

Il modifie la *Loi maritime du Canada* pour permettre aux administrations portuaires et à leurs filiales à cent pour cent de recevoir des prêts et des garanties d'emprunt de la Banque de l'infrastructure du Canada, à condition que le projet de loi C-44, déposé au cours de la 1^{re} session de la 42^e législature et intitulé *Loi n^o 1 d'exécution du budget de 2017*, reçoive la sanction.

Finalement, il apporte des modifications connexes et corrélatives à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, à la *Loi sur la concurrence*, à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, à la *Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada*, à la *Loi d'exécution du budget de 2009* et à la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*.

TABLE OF PROVISIONS

An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts

	Short Title
1	<i>Transportation Modernization Act</i>
2	Canada Transportation Act
60	CN Commercialization Act
61	Railway Safety Act
67	Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act
68	Canadian Air Transport Security Authority Act
70	Coasting Trade Act
73	Canada Marine Act
	Transitional Provisions
75	Definition of <i>Act</i>
76	Information — long-haul interswitching rate
77	Information — service and performance indicators
78	Arrangements concluded before coming into force of section 14
79	Interswitching rate
80	Volume-related composite price index

TABLE ANALYTIQUE

Loi apportant des modifications à la Loi sur les transports au Canada et à d'autres lois concernant les transports ainsi que des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois

	Titre abrégé
1	<i>Loi sur la modernisation des transports</i>
2	Loi sur les transports au Canada
60	Loi sur la commercialisation du CN
61	Loi sur la sécurité ferroviaire
67	Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports
68	Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien
70	Loi sur le cabotage
73	Loi maritime du Canada
	Dispositions transitoires
75	Définition de <i>Loi</i>
76	Renseignements — prix de l'interconnexion de longue distance
77	Renseignements — indicateurs de service et de rendement
78	Ententes conclues avant l'entrée en vigueur de l'article 14
79	Prix par wagon pour l'interconnexion
80	Indice des prix composite afférent au volume

81 First adjustment to maximum amount of freight charges

Related and Consequential Amendments

82 *Bankruptcy and Insolvency Act*

83 *Competition Act*

89 *Companies' Creditors Arrangement Act*

90 *Air Canada Public Participation Act*

91 *Budget Implementation Act, 2009*

92 *Fair Rail for Grain Farmers Act*

Coordinating Amendments

95 2014, c. 8

96 2015, c. 31

97 Bill C-25

Coming into Force

98 Order in council

81 Premier rajustement du montant maximal des frais

Modifications connexes et corrélatives

82 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

83 *Loi sur la concurrence*

89 *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*

90 *Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada*

91 *Loi d'exécution du budget de 2009*

92 *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*

Dispositions de coordination

95 2014, ch. 8

96 2015, ch. 31

97 Projet de loi C-25

Entrée en vigueur

98 Décret

CHAPTER 10

CHAPITRE 10

An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts

Loi apportant des modifications à la Loi sur les transports au Canada et à d'autres lois concernant les transports ainsi que des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois

[Assented to 23rd May, 2018]

[Sanctionnée le 23 mai 2018]

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

Short Title

Titre abrégé

Short title

1 This Act may be cited as the *Transportation Modernization Act*.

Titre abrégé

1 *Loi sur la modernisation des transports*.

1996, c. 10

1996, ch. 10

Canada Transportation Act

Loi sur les transports au Canada

2 Section 6 of the *Canada Transportation Act* is amended by adding the following in alphabetical order:

2 L'article 6 de la *Loi sur les transports au Canada* est modifié par adjonction, selon l'ordre alphabétique, de ce qui suit :

class 1 rail carrier means

matière radioactive S'entend au sens du paragraphe 1(1) du *Règlement sur l'emballage et le transport des substances nucléaires (2015)*. Sont notamment visées par la présente définition les marchandises dangereuses dont le numéro ONU — indiqué à la colonne 1 de la Liste des marchandises dangereuses figurant au chapitre 3.2 des *Recommandations relatives au transport des marchandises dangereuses — Règlement type*, 18^e édition révisée, 2013, publiées par les Nations Unies — est l'un des numéros suivants : 2908 à 2913, 2915 à 2917, 2919, 2977, 2978, 3321 à 3333 et 3507. (*radioactive material*)

- (a) the Canadian National Railway Company,
- (b) the Canadian Pacific Railway Company,
- (c) BNSF Railway Company,
- (d) CSX Transportation, Inc.,
- (e) Norfolk Southern Railway Company,
- (f) Union Pacific Railroad Company, and
- (g) any *railway company*, as defined in section 87, that is specified in the regulations; (*transporteur ferroviaire de catégorie 1*)

transporteur ferroviaire de catégorie 1 S'entend des transporteurs ferroviaires suivants :

- a) la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada;
- b) la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique;

radioactive material has the same meaning as in subsection 1(1) of the *Packaging and Transport of Nuclear Substances Regulations, 2015*. It includes a dangerous good with any of UN numbers 2908 to 2913, 2915 to 2917, 2919, 2977, 2978, 3321 to 3333 and 3507 that are set out in Column 1 of the Dangerous Goods List in Chapter 3.2 of the *Recommendations on the Transport of Dangerous Goods – Model Regulations*, Eighteenth revised edition, 2013, published by the United Nations; (*matière radioactive*)

3 The Act is amended by adding the following after section 6:

Power of the Governor in Council

Governor in Council

6.1 The Governor in Council may make regulations specifying railway companies for the purpose of paragraph (g) of the definition *class 1 rail carrier*.

4 Subsection 27(1) of the English version of the Act is replaced by the following:

Relief

27 (1) The Agency may grant the whole or part of an application, or may make any order or grant any further or other relief that the Agency considers appropriate.

5 The Act is amended by adding the following after section 36.1:

Information and Informal Dispute Resolution Services

Information and guidance

36.11 (1) The Agency shall take measures to inform the public in respect of the provisions of Parts III and IV, including

- (a) publishing general information on its Internet site; and
- (b) providing information and guidance to any interested person on the manner in which remedies under those provisions may be accessed, having regard to their particular circumstances.

Informal resolution

(2) A member of the Agency or its staff may attempt to resolve in an informal manner with a railway company

- c) la BNSF Railway Company;
- d) la CSX Transportation, Inc.;
- e) la Norfolk Southern Railway Company;
- f) l'Union Pacific Railroad Company;
- g) les compagnies de chemin de fer, au sens de l'article 87, désignées par règlement. (*class 1 rail carrier*)

3 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 6, de ce qui suit :

Pouvoir du gouverneur en conseil

Pouvoir du gouverneur en conseil

6.1 Le gouverneur en conseil peut, par règlement, désigner toute compagnie de chemin de fer pour l'application de l'alinéa g) de la définition de *transporteur ferroviaire de catégorie 1*.

4 Le paragraphe 27(1) de la version anglaise de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Relief

27 (1) The Agency may grant the whole or part of an application, or may make any order or grant any further or other relief that the Agency considers appropriate.

5 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 36.1, de ce qui suit :

Services d'information et de règlement informel de différends

Information et conseils

36.11 (1) L'Office prend des mesures visant à informer le public sur les dispositions prévues aux parties III et IV, notamment les mesures suivantes :

- a) publier sur son site Internet des informations générales;
- b) renseigner tout intéressé et le conseiller sur la façon de se prévaloir des recours que ces dispositions prévoient en tenant compte de la situation particulière de l'intéressé.

Règlement informel

(2) Tout membre de l'Office ou de son personnel peut tenter de résoudre de façon informelle avec une

any issue raised by an interested person to whom it has provided information and guidance. In doing so, the member or staff shall not reveal the identity of the interested person without their consent.

Person not to act in proceedings

(3) A person who exercises the powers or performs the duties or functions under paragraph (1)(b) or subsection (2) shall not act in any proceedings before the Agency that are related to an issue in respect of which the person provided information, guidance or informal dispute resolution services.

6 Section 42 of the Act is amended by adding the following after subsection (2):

Railway transportation

(2.1) The report shall include the number and nature of the applications, complaints and submissions for arbitration made under Parts III and IV, the manner they were dealt with and the systemic trends observed. The report shall also include the number of disputes that were mediated by the Agency and the number that were resolved through mediation by the Agency.

Confidential information

(2.2) The Agency shall ensure that the report does not include any confidential information.

7 Section 48 of the Act and the heading “Support Agreements” before it are repealed.

8 Section 49 of the Act is renumbered as subsection 49(1) and is amended by adding the following:

Powers

(2) For greater certainty, sections 38 and 39 apply in respect of an inquiry.

Summary of findings

(3) The Agency shall make public a summary of its findings that does not include any confidential information.

9 (1) Section 50 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

Class 1 rail carrier

(1.01) The Governor in Council may make regulations requiring any class 1 rail carrier or class of those carriers

compagnie de chemin de fer les questions soulevées par l'intéressé qu'il a renseigné et conseillé. Ce faisant, le membre de l'Office ou de son personnel ne peut divulguer l'identité de l'intéressé à la compagnie que si celui-ci y consent.

Impossibilité d'agir

(3) La personne qui exerce les attributions conférées au titre de l'alinéa (1)b) ou du paragraphe (2) ne peut agir dans le cadre de procédures devant l'Office relativement aux questions à l'égard desquelles elle a fourni des renseignements, des conseils ou des services de règlement informel de différends.

6 L'article 42 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (2), de ce qui suit :

Transport ferroviaire

(2.1) L'Office inclut dans le rapport le nombre et la nature des demandes, plaintes et soumissions de questions à l'arbitrage qui ont été présentées au titre des parties III ou IV, la manière dont elles ont été traitées et les tendances systémiques qui se sont manifestées. Le rapport précise le nombre de différends qui ont fait l'objet d'une médiation de l'Office et le nombre de différends réglés par la médiation de l'Office.

Renseignements confidentiels

(2.2) L'Office veille à ce que le rapport ne contienne aucun renseignement confidentiel.

7 L'article 48 de la même loi et l'intertitre « Accords de mise en œuvre » le précédant sont abrogés.

8 L'article 49 de la même loi devient le paragraphe 49(1) et est modifié par adjonction de ce qui suit :

Pouvoirs

(2) Il est entendu que les articles 38 et 39 s'appliquent à l'égard de l'enquête.

Résumé des conclusions

(3) L'Office rend public un résumé de ses conclusions qui ne contient aucun renseignement confidentiel.

9 (1) L'article 50 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Transporteur ferroviaire de catégorie 1

(1.01) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, exiger des transporteurs ferroviaires de catégorie 1 ou de

to provide information, other than *personal information* as defined in section 3 of the *Privacy Act*, to the Minister or Agency, when and in the form and manner that the regulations may specify, for the purposes of

- (a) determining the long-haul interswitching rate referred to in paragraph 134(1)(a); and
- (b) communicating service and performance indicators to the public.

2007, c. 19, s. 8(4)

(2) The portion of subsection 50(1.1) of the French version of the Act before paragraph (a) is replaced by the following:

Personnes visées

(1.1) Pour l'application du paragraphe (1), les renseignements peuvent être exigés des personnes suivantes :

(3) The portion of subsection 50(2) of the Act before paragraph (c) is replaced by the following:

Information to be provided

(2) Information that is required to be provided under this section may include the following:

- (a) financial information;
- (b) information respecting traffic and operations;

(4) Subsection 50(2) of the Act is amended by adding “and” at the end of paragraph (c) and by adding the following after paragraph (c):

- (d) information respecting the performance of air carriers and providers of services in relation to air transportation with regard to passenger experience and the quality of service.

1999, c. 31, s. 36(E)

(5) Subsection 50(4) of the Act is replaced by the following:

Exemptions

(4) The Minister may exempt a carrier or transportation undertaking from the application of all or any part of a regulation made under this section if the Minister is satisfied that it is not practicable for the carrier or transportation undertaking to provide the information.

toute catégorie de tels transporteurs qu'ils fournissent au ministre ou à l'Office des renseignements, autres que les *renseignements personnels* au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, aux dates, en la forme et de la manière que le règlement peut préciser, en vue :

- a) de l'établissement du prix de l'interconnexion de longue distance visé à l'alinéa 134(1)a);
- b) de la communication au public des indicateurs de service et de rendement.

2007, ch. 19, par. 8(4)

(2) Le passage du paragraphe 50(1.1) de la version française de la même loi précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

Personnes visées

(1.1) Pour l'application du paragraphe (1), les renseignements peuvent être exigés des personnes suivantes :

(3) Le passage du paragraphe 50(2) de la même loi précédant l'alinéa c) est remplacé par ce qui suit :

Renseignements

(2) Peuvent notamment être exigés sous le régime du présent article :

- a) des renseignements sur la situation financière;
- b) des renseignements relatifs au trafic et à l'exploitation;

(4) Le paragraphe 50(2) de la même loi est modifié, par adjonction après l'alinéa c), de ce qui suit :

- d) des renseignements sur le rendement des transporteurs aériens et des fournisseurs de services en matière de transport aérien quant à la qualité du service et à l'expérience passager.

1999, ch. 31, art. 36(A)

(5) Le paragraphe 50(4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Exception

(4) Le ministre peut exempter un transporteur ou l'exploitant d'une entreprise de transport de l'application de tout ou partie du règlement pris en vertu du présent article s'il est convaincu qu'il n'est pas en mesure de fournir les renseignements en cause.

2013, c. 31, s. 4

10 Subsection 50.01(1) of the Act is replaced by the following:

Externally produced documents

50.01 (1) A regulation made under subsection 50(1) or (1.01) may incorporate by reference any document that is produced by a person or body other than the Minister.

2007, c. 19, s. 9

11 Section 50.1 of the Act is replaced by the following:

Information already provided

50.1 For the purposes of subsection 50(1) or (1.01), if any information referred to in that subsection has already been provided to a department or agency of the Government of Canada, the Minister may request that department or agency to provide the information to the Minister.

2007, c. 19, s. 10(1)

12 (1) Paragraph 51(2)(a) of the Act is replaced by the following:

(a) the communication of information to the Agency, the Administrator of the Fund appointed under section 153.7, Statistics Canada or a minister of the Crown in right of Canada, the agent of that minister or an officer or employee of, or adviser to, Her Majesty in right of Canada for the purposes of the administration of this Act or any other Act of Parliament or for the purposes of the development of policies;

2007, c. 19, s. 10(1)

(2) Paragraph 51(2)(c) of the Act is replaced by the following:

(c) the communication of information, including to the public, in an aggregated form that prevents information obtained from an identifiable person from being related to that person;

13 The Act is amended by adding the following after section 51:

Publication

51.1 Despite subsection 51(1), the Minister may make the information referred to in paragraph 50(2)(d) public.

Confidentiality of information – Agency

51.2 Information that is required to be provided to the Agency in accordance with regulations made under paragraph 50(1.01)(a) is, when it is received by the Agency,

2013, ch. 31, art. 4

10 Le paragraphe 50.01(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Documents externes

50.01 (1) Le règlement pris en vertu des paragraphes 50(1) ou (1.01) peut incorporer par renvoi tout document établi par une personne ou un organisme autre que le ministre.

2007, ch. 19, art. 9

11 L'article 50.1 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Renseignements déjà fournis

50.1 Pour l'application des paragraphes 50(1) ou (1.01), le ministre peut demander, au ministère ou à l'organisme fédéral à qui les renseignements ont déjà été fournis, de les lui communiquer.

2007, ch. 19, par. 10(1)

12 (1) L'alinéa 51(2)a) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

a) d'empêcher la communication de renseignements à l'Office, à l'administrateur nommé en vertu de l'article 153.7, à Statistique Canada, à un ministre fédéral ou à son représentant, ou à un employé ou conseiller de Sa Majesté du chef du Canada dans le cadre de l'application de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou en vue de l'élaboration d'orientations;

2007, ch. 19, par. 10(1)

(2) L'alinéa 51(2)c) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

c) d'empêcher la communication, notamment au public, de renseignements sous forme de compilation qui ne permet pas d'associer les renseignements obtenus d'une personne identifiable à celle-ci;

13 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 51, de ce qui suit :

Publication

51.1 Malgré le paragraphe 51(1), le ministre peut rendre publics les renseignements prévus à l'alinéa 50(2)d).

Renseignements confidentiels – Office

51.2 Les renseignements qui doivent être fournis à l'Office au titre des règlements pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)a) deviennent confidentiels dès leur réception par

confidential and shall not knowingly be disclosed or made available by any person without the authorization of the person who provided the information, except for the purpose of a prosecution of a contravention of section 173.

Use of information

51.3 Information that is provided to the Minister or the Agency in accordance with regulations made under paragraph 50(1.01)(a) is only to be used by the Agency for the purpose of determining the long-haul interswitching rate referred to in paragraph 134(1)(a) and, despite subsection 51(4) and section 51.2, the Agency may, for that purpose, communicate the information in an aggregated form.

Publication

51.4 (1) If the Agency receives information from class 1 rail carriers or the Minister that is related to service and performance indicators provided in accordance with regulations made under paragraph 50(1.01)(b), the Agency shall publish the information on its Internet site within two days after it is received.

Information received from Minister

(2) Subsection 51(4) does not apply to the publication, in accordance with subsection (1), of information that is received from the Minister.

14 The Act is amended by adding the following after section 53.6:

Review of Arrangements Involving Two or More Transportation Undertakings Providing Air Services

Definitions

53.7 The following definitions apply in sections 53.71 to 53.84.

arrangement means an agreement or arrangement, other than a transaction referred to in subsection 53.1(1), involving two or more transportation undertakings providing air services, as defined in subsection 55(1), to, from or within Canada, to coordinate on any aspect of the operation or marketing of such services, including prices, routes, schedules, capacity or ancillary services and to share costs or revenues or other resources or benefits. (*entente*)

party means any person who proposes to enter into or has entered into an arrangement for which a notice has been given under subsection 53.71(1). (*partie*)

celui-ci. Nul ne peut, sciemment, les communiquer sans l'autorisation de la personne qui les a fournis, sauf dans le cadre d'une poursuite pour infraction à l'article 173.

Utilisation des renseignements

51.3 Les renseignements fournis au ministre ou à l'Office au titre des règlements pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)a ne peuvent être utilisés par l'Office que dans le but d'établir le prix de l'interconnexion de longue distance visé à l'alinéa 134(1)a). Malgré le paragraphe 51(4) et l'article 51.2, l'Office peut, dans le même but, les communiquer sous forme de compilation.

Publication

51.4 (1) L'Office publie sur son site Internet, dans les deux jours suivant sa réception, tout renseignement relatif aux indicateurs de service et de rendement fourni aux termes des règlements pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)b) qu'il reçoit des transporteurs ferroviaires de catégorie 1 ou du ministre.

Renseignements reçus du ministre

(2) Le paragraphe 51(4) ne s'applique pas à la publication, en application du paragraphe (1), des renseignements reçus du ministre.

14 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 53.6, de ce qui suit :

Examen des ententes entre au moins deux entreprises de transport offrant des services aériens

Définitions

53.7 Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 53.71 à 53.84.

entente S'entend d'une entente ou d'un accord, autre qu'une transaction visée au paragraphe 53.1(1), entre au moins deux entreprises de transport qui offrent des services aériens, au sens du paragraphe 55(1), à destination, en provenance ou à l'intérieur du Canada et visant la coordination de tout aspect de l'exploitation ou de la commercialisation de tels services — prix, itinéraires, horaires, capacité, services accessoires ou autres — et le partage des coûts ou des revenus ou autres ressources ou avantages. (*arrangement*)

Notice

53.71 (1) Every person who proposes to enter into an arrangement may notify the Minister of that arrangement. If the person so notifies the Minister, they shall at the same time provide a copy of the notice to the Commissioner of Competition.

Information

(2) A notice given under subsection (1) shall contain any information that is required under the guidelines that are issued and published by the Minister, including information that relates to considerations respecting competition.

Guidelines

(3) The guidelines referred to in subsection (2) shall be developed in consultation with the Competition Bureau and shall include factors that may be considered by the Minister to determine whether a proposed arrangement raises significant considerations with respect to the public interest under subsection (6) and, if applicable, to render a final decision regarding the arrangement under subsection 53.73(8).

Not statutory instruments

(4) The guidelines referred to in subsection (2) are not statutory instruments within the meaning of the *Statutory Instruments Act*.

Further information

(5) The Minister or the Commissioner may, after receiving a notice or copy of a notice under subsection (1), require any party to provide further information.

Minister's response

(6) The Minister shall, within 45 days after the day on which he or she receives the notice with the information referred to in subsection (2), inform the parties and the Commissioner as to whether, in his or her opinion, the proposed arrangement raises significant considerations with respect to the public interest.

No significant public interest considerations

(7) If the Minister is of the opinion that the proposed arrangement does not raise significant considerations with respect to the public interest, sections 53.72 to 53.79 do not apply to that arrangement.

partie Toute personne se proposant de conclure ou ayant conclu une entente à l'égard de laquelle un avis a été donné au titre du paragraphe 53.71(1). (*party*)

Avis

53.71 (1) Les personnes qui se proposent de conclure une entente peuvent donner avis de celle-ci au ministre. Le cas échéant, elles fournissent en même temps une copie de l'avis au commissaire de la concurrence.

Renseignements

(2) L'avis donné au titre du paragraphe (1) comprend les renseignements exigés au titre des lignes directrices que le ministre établit et publie. Ces renseignements peuvent notamment porter sur les questions de concurrence.

Lignes directrices

(3) Les lignes directrices sont élaborées de concert avec le Bureau de la concurrence et comprennent notamment les facteurs que le ministre peut prendre en compte pour établir si l'entente soulève d'importantes questions d'intérêt public aux termes du paragraphe (6) et, le cas échéant, pour rendre sa décision définitive en application du paragraphe 53.73(8).

Loi sur les textes réglementaires

(4) Les lignes directrices ne sont pas des textes réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*.

Renseignements supplémentaires

(5) Le ministre ou le commissaire peuvent, après réception de l'avis ou de la copie de l'avis, exiger de toute partie qu'elle fournisse des renseignements supplémentaires.

Réponse du ministre

(6) Dans les quarante-cinq jours suivant la date de réception de l'avis comportant les renseignements visés au paragraphe (2), le ministre fait savoir aux parties et au commissaire si, selon lui, l'entente soulève d'importantes questions d'intérêt public.

Aucune importante question d'intérêt public

(7) Si le ministre estime que l'entente ne soulève aucune importante question d'intérêt public, les articles 53.72 à 53.79 ne s'appliquent pas à l'entente.

Significant public interest considerations

(8) If the Minister is of the opinion that the proposed arrangement raises significant considerations with respect to the public interest, the arrangement is subject to the review process set out in section 53.73.

Prohibition

53.72 If a notice has been given under subsection 53.71(1), the proposed arrangement shall not be completed without the Minister's authorization under subsection 53.73(8).

Review process

53.73 (1) The Minister, or a person designated by the Minister, shall examine the proposed arrangement, if it is subject to the review process.

Commissioner's report

(2) The Commissioner of Competition shall, within 120 days after the day on which he or she receives a copy of the notice under subsection 53.71(1) with the information referred to in subsection 53.71(2), report to the Minister and the parties on any concerns regarding potential prevention or lessening of competition that may occur as a result of the proposed arrangement.

Summary

(3) Unless a notice is withdrawn or is deemed to have been withdrawn under section 53.8, the Commissioner shall make public a summary of the conclusions of the report that does not include any confidential information.

Communicating concerns

(4) The Minister shall, within 150 days after the day on which he or she receives the notice with the information referred to in subsection 53.71(2), report to the parties on any concerns with respect to the public interest that may occur as a result of the proposed arrangement and provide a copy of the report to the Commissioner.

Measures to address concerns

(5) The parties shall, within 30 days after the day on which they receive the report under subsection (4), respond in writing to the Minister, addressing any concerns with respect to the public interest and competition raised by the Minister and the Commissioner and informing the Minister, among other things, of any measures they are prepared to undertake to address those concerns. The parties may propose amendments to the arrangement.

Question importante d'intérêt public

(8) S'il estime que l'entente soulève d'importantes questions d'intérêt public, celle-ci est soumise au processus d'examen prévu à l'article 53.73.

Interdiction

53.72 Lorsqu'un avis a été donné au titre du paragraphe 53.71(1), il est interdit de conclure l'entente visée sans avoir obtenu l'autorisation du ministre au titre du paragraphe 53.73(8).

Processus d'examen

53.73 (1) Le ministre ou une personne désignée par lui examine toute entente soumise au processus d'examen.

Rapport du commissaire de la concurrence

(2) Dans les cent vingt jours suivant la date de réception de la copie de l'avis visé au paragraphe 53.71(1) comportant les renseignements visés au paragraphe 53.71(2), le commissaire de la concurrence soumet au ministre et aux parties un rapport de ses préoccupations relatives à l'empêchement ou à la diminution de la concurrence qui pourrait résulter de l'entente visée.

Sommaire

(3) Sauf si l'avis a été retiré ou est réputé avoir été retiré aux termes de l'article 53.8, le commissaire rend public un sommaire qui fait état des conclusions du rapport et qui ne comporte aucun renseignement confidentiel.

Communication des préoccupations

(4) Dans les cent cinquante jours suivant la date de réception de l'avis comportant les renseignements visés au paragraphe 53.71(2), le ministre fait rapport aux parties des préoccupations d'intérêt public soulevées par l'entente et donne copie du rapport au commissaire.

Prise de mesures par les parties

(5) Les parties disposent d'un délai de trente jours suivant la date de réception du rapport visé au paragraphe (4) pour répondre au ministre, par écrit, quant aux préoccupations d'intérêt public et de concurrence soulevées par lui et le commissaire et préciser notamment les mesures qu'elles sont disposées à prendre pour y répondre. Elles peuvent proposer des modifications à l'entente.

Preliminary decision

(6) The Minister shall, after consulting with the Commissioner and within 45 days after the day on which he or she receives the response from the parties under subsection (5), render a preliminary decision regarding the proposed arrangement and specify any terms and conditions relating to the public interest and competition under which an authorization could be given under subsection (8).

Response to preliminary decision

(7) The parties shall, within 30 days after the day on which they receive the Minister's preliminary decision, provide a response in writing to the Minister and the response may include proposed amendments to the terms and conditions specified in the decision.

Final decision

(8) The Minister shall, within 30 days after the day on which he or she receives a response from the parties under subsection (7), render a final decision and make public a summary of that decision that does not include any confidential information. The Minister may, if satisfied that the proposed arrangement is in the public interest, authorize it and specify any terms and conditions relating to the public interest and competition that the Minister considers appropriate.

Canadian

53.74 An authorization given by the Minister under subsection 53.73(8) does not affect any requirement that a transportation undertaking providing air services, as defined in subsection 55(1), be *Canadian*, as defined in that subsection.

Varying or rescinding terms and conditions

53.75 On application by any party who is subject to terms and conditions of an authorization, the Minister may, after consulting with the Commissioner of Competition, vary or rescind the terms and conditions and shall make public a summary of that decision that does not include any confidential information.

Proposed amendment to arrangement

53.76 (1) The parties to an authorized arrangement may propose an amendment to that arrangement to the Minister and he or she may, after consulting with the Commissioner of Competition and considering the significance of the amendment,

(a) authorize the amendment, subject to any terms and conditions that the Minister may impose; or

Décision préliminaire

(6) Après consultation du commissaire, dans les quarante-cinq jours suivant la date de réception de la réponse des parties, le ministre rend une décision préliminaire concernant l'entente, dans laquelle il précise les conditions qui portent sur les questions d'intérêt public et de concurrence auxquelles l'autorisation visée au paragraphe (8) pourrait être subordonnée.

Réponse à la décision préliminaire

(7) Les parties disposent d'un délai de trente jours suivant la date de réception de la décision préliminaire pour répondre par écrit au ministre. Elles peuvent notamment proposer des modifications aux conditions précisées dans la décision.

Décision définitive relative à son autorisation

(8) Dans les trente jours suivant la date de réception de la réponse prévue au paragraphe (7), le ministre rend une décision définitive et rend public un sommaire de sa décision qui ne comporte aucun renseignement confidentiel. Il peut, s'il est convaincu que l'entente servirait l'intérêt public, autoriser celle-ci selon les conditions, portant sur les questions d'intérêt public et de concurrence, qu'il estime indiquées.

Qualité de Canadien

53.74 L'autorisation donnée par le ministre en vertu du paragraphe 53.73(8) ne dispense en rien l'entreprise de transport qui offre des services aériens au sens du paragraphe 55(1) de l'exigence d'avoir la qualité de *Canadien* au sens de ce paragraphe.

Modification ou annulation des conditions

53.75 Le ministre peut, après avoir consulté le commissaire de la concurrence, modifier ou annuler les conditions de l'autorisation, à la demande de toute partie tenue de s'y conformer. Il rend public un sommaire de sa décision qui ne comporte aucun renseignement confidentiel.

Modification à une entente autorisée

53.76 (1) Les parties à une entente autorisée peuvent proposer au ministre une modification à cette entente et ce dernier peut, après consultation du commissaire de la concurrence et eu égard à l'importance de la modification :

a) soit autoriser celle-ci aux conditions qu'il impose;

b) soit exiger que les parties donnent un nouvel avis au titre du paragraphe 53.71(1) pour examen de

(b) require the parties to submit a new notice under subsection 53.71(1) for review of the proposed amended arrangement, unless the parties decide not to proceed with the amendment.

No confidential information made public

(2) If the Minister authorizes the amendment under paragraph (1)(a), he or she shall make public a summary of that decision that does not include any confidential information.

Concerns regarding authorized arrangement

53.77 (1) The Minister may, at any time after the second anniversary of the day on which an arrangement is authorized, notify the parties of any concerns raised by the arrangement with respect to the public interest and competition.

Measures to address concerns

(2) The parties shall, within 45 days after the day on which they receive the notice under subsection (1), provide a response in writing to the Minister, specifying, among other things, any measures they are prepared to undertake to address those concerns. The parties may propose amendments to the arrangement.

Continuing the authorization

(3) If, after consulting with the Commissioner, the Minister determines that the arrangement is still in the public interest, the authorization is continued subject to any new or amended terms and conditions specified by the Minister to address the concerns referred to in subsection (1).

Obligation to comply with terms and conditions

53.78 Every person who is subject to terms and conditions under subsection 53.73(8), section 53.75, paragraph 53.76(a) or subsection 53.77(3) shall comply with them.

Revoking authorization — false or misleading information

53.79 (1) The Minister may revoke an authorization at any time if it was granted on the basis of information that is false or misleading in a material respect or if the parties fail to comply with any of the authorization's terms or conditions.

Revoking authorization — other grounds

(2) The Minister may also revoke the authorization of an arrangement if

(a) that arrangement is significantly amended without prior authorization; or

l'entente telle qu'elle serait modifiée, sauf si elles décident ne pas donner suite à la modification.

Aucun renseignement confidentiel rendu public

(2) S'il autorise la modification au titre de l'alinéa (1)a), le ministre rend public un sommaire de cette décision qui ne comporte aucun renseignement confidentiel.

Préoccupations relatives à une entente autorisée

53.77 (1) Le ministre peut, en tout temps après le deuxième anniversaire de la date où l'entente a été autorisée, aviser les parties des préoccupations d'intérêt public et de concurrence qu'elle soulève.

Prise de mesures par les parties

(2) Les parties disposent d'un délai de quarante-cinq jours suivant la date de réception de l'avis prévu au paragraphe (1) pour répondre par écrit au ministre et préciser notamment les mesures qu'elles sont disposées à prendre pour répondre à ces préoccupations. Elles peuvent proposer des modifications à l'entente.

Maintien de l'autorisation

(3) Si, après avoir consulté le commissaire de la concurrence, le ministre décide que l'entente sert toujours l'intérêt public, l'autorisation est maintenue sous réserve des conditions ou des modifications aux conditions existantes qu'il peut préciser pour répondre aux préoccupations visées au paragraphe (1).

Obligation de se conformer aux conditions

53.78 Toute personne assujettie aux conditions visées au paragraphe 53.73(8), à l'article 53.75, à l'alinéa 53.76a) ou au paragraphe 53.77(3) est tenue de s'y conformer.

Révocation de l'autorisation — renseignements faux ou trompeurs

53.79 (1) Si l'autorisation du ministre a été donnée à la lumière de renseignements qui sont faux ou trompeurs sur un point important ou si les parties omettent de se conformer aux conditions de l'autorisation, celle-ci peut être révoquée par le ministre en tout temps.

Révocation de l'autorisation — autres motifs

(2) Le ministre peut aussi révoquer l'autorisation donnée à l'égard d'une entente dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) l'entente est modifiée de façon importante sans autorisation préalable;

(b) the Minister, after considering any response of the parties to the concerns raised under subsection 53.77(1), is no longer satisfied that the arrangement is in the public interest.

Withdrawing notice

53.8 (1) A notice given under subsection 53.71(1) may be withdrawn at any time before a final decision is rendered under subsection 53.73(8).

Deemed withdrawal

(2) A notice is deemed to have been withdrawn if the parties fail to respond to the Minister within any period specified in subsection 53.73(5) or (7) or any extended period, as the case may be.

Effect of withdrawal

(3) If a notice given under subsection 53.71(1) is withdrawn or is deemed to have been withdrawn, section 53.72 no longer applies to the proposed arrangement.

Extension of time

53.81 The Minister may, at the request of the parties or on the Minister's own initiative, extend any period specified in section 53.71, 53.73 or 53.77 if the Minister considers it appropriate in the circumstances, including when the arrangement is exceptionally complex.

Order

53.82 If a person contravenes sections 53.72 or 53.78, a superior court may, on application by the Minister, order the person to cease the contravention or do any thing that is required to be done, and may make any other order that it considers appropriate, including an order requiring the divestiture of assets. The Minister shall notify the Commissioner of Competition before making an application.

Offence — section 53.72 or 53.78

53.83 (1) Every person who contravenes section 53.72 or 53.78 is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term of not more than five years or to a fine of not more than \$10,000,000, or to both.

Continuing offence

(2) If an offence under subsection (1) for the contravention of section 53.78 is committed or continued on more than one day, the person who commits it is liable to be convicted for a separate offence for each day on which it is committed or continued.

b) le ministre n'est plus convaincu, compte tenu de la réponse des parties aux préoccupations visées au paragraphe 53.77(1), que l'entente sert l'intérêt public.

Retrait de l'avis

53.8 (1) L'avis donné au titre du paragraphe 53.71(1) peut être retiré en tout temps avant que le ministre ne rende sa décision définitive en application du paragraphe 53.73(8).

Retrait réputé

(2) Si les parties ne répondent pas au ministre dans les délais prévus aux paragraphes 53.73(5) ou (7) ou dans le délai prorogé, selon le cas, l'avis est réputé avoir été retiré.

Conséquence du retrait

(3) L'article 53.72 cesse de s'appliquer à l'entente à l'égard de laquelle un avis a été donné au titre du paragraphe 53.71(1) si cet avis est retiré ou réputé l'être.

Prorogation des délais

53.81 À la demande des parties ou de sa propre initiative, le ministre peut proroger les délais prévus aux articles 53.71, 53.73 ou 53.77 s'il l'estime justifié dans les circonstances, notamment lorsque l'entente est exceptionnellement complexe.

Ordonnance

53.82 En cas de contravention aux articles 53.72 ou 53.78, toute cour supérieure peut, à la demande du ministre, enjoindre au contrevenant de mettre fin à la contravention ou d'y remédier et rendre toute autre ordonnance qu'elle estime indiquée, notamment pour obliger une personne à se départir d'éléments d'actif. Le ministre avise le commissaire de la concurrence avant de présenter la demande.

Infraction : articles 53.72 ou 53.78

53.83 (1) Quiconque contrevient aux articles 53.72 ou 53.78 commet un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans et d'une amende maximale de 10 000 000 \$, ou de l'une de ces peines.

Infractions continues

(2) Il est compté une infraction distincte pour chacun des jours au cours desquels se commet ou se continue l'infraction visée au paragraphe (1) pour une contravention à l'article 53.78.

Officers, etc., of corporations

(3) If a corporation commits an offence under subsection (1), any officer, director or agent or mandatary of the corporation who directed, authorized, assented to, acquiesced in or participated in the commission of the offence is a party to and guilty of the offence and is liable on conviction to the punishment provided for the offence, whether or not the corporation has been prosecuted or convicted.

Sections 174 and 175 do not apply

(4) Sections 174 and 175 do not apply in respect of an offence committed under subsection (1).

Cost recovery

53.84 (1) The Governor in Council may make regulations respecting

(a) the fees to be paid by the parties to an arrangement for any activities undertaken by the Minister under sections 53.71 to 53.76 that are related to the arrangement, including the method of calculating the fees; and

(b) the refund of all or part of any fee referred to in paragraph (a), including the method of calculating the refund.

Amounts not to exceed cost

(2) The fees referred to in paragraph (1)(a) shall not exceed the costs related to the activities undertaken by the Minister under sections 53.71 to 53.76 that are related to the arrangement.

Remittance of fees and charges

(3) The fees paid in accordance with regulations made under subsection (1) shall be deposited to the credit of the Receiver General in the time and manner prescribed under those regulations.

Spending authority

(4) The Minister may spend the amounts deposited under subsection (3) in the fiscal year in which they are paid or in the next fiscal year.

2001, c. 27, s. 222

15 The definition *Canadian* in subsection 55(1) of the Act is replaced by the following:

Canadian means

(a) a Canadian citizen or a *permanent resident* as defined in subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*,

Administrateurs, dirigeants et mandataires

(3) En cas de perpétration par une personne morale d'une infraction visée au paragraphe (1), ceux de ses administrateurs, dirigeants ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé, sont considérés comme coauteurs de l'infraction et sont passibles, sur déclaration de culpabilité, de la peine prévue pour l'infraction en cause, que la personne morale ait été ou non poursuivie ou déclarée coupable.

Non-application des articles 174 et 175

(4) Les articles 174 et 175 ne s'appliquent pas à l'infraction visée au paragraphe (1).

Recouvrement des frais

53.84 (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant :

a) les frais à payer par les parties pour les activités exercées par le ministre au titre des articles 53.71 à 53.76 relativement à une entente, notamment leur méthode de calcul;

b) le remboursement complet ou partiel des frais visés à l'alinéa a), notamment sa méthode de calcul.

Limite

(2) Les frais visés à l'alinéa (1)a) ne peuvent excéder les coûts relatifs aux activités exercées par le ministre au titre des articles 53.71 à 53.76 relativement à l'entente.

Fonds publics

(3) Les frais versés conformément aux règlements pris en vertu du paragraphe (1) sont déposés au crédit du receveur général, selon les délais et les modalités qui y sont prévus.

Dépenses

(4) Le ministre peut dépenser les sommes ainsi déposées au cours de l'exercice où elles sont versées ou de l'exercice suivant.

2001, ch. 27, art. 222

15 La définition de *Canadien*, au paragraphe 55(1) de la même loi, est remplacée par ce qui suit :

Canadien

a) Citoyen canadien ou *résident permanent* au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*;

(b) a government in Canada or an agent or mandatary of such a government, or

(c) a corporation or entity that is incorporated or formed under the laws of Canada or a province, that is controlled in fact by Canadians and of which at least 51% of the voting interests are owned and controlled by Canadians and where

(i) no more than 25% of the voting interests are owned directly or indirectly by any single non-Canadian, either individually or in affiliation with another person, and

(ii) no more than 25% of the voting interests are owned directly or indirectly by one or more non-Canadians authorized to provide an air service in any jurisdiction, either individually or in affiliation with another person; (*Canadien*)

16 Subsection 56(2) of the Act is replaced by the following:

Specialty service exclusion

(2) This Part does not apply to the operation of specialty services provided by aircraft, including firefighting, flight training, sightseeing, spraying, surveying, mapping, photography, parachute jumping, glider towing, helicopter-lift for logging and construction, airborne agricultural, industrial and inspection services or any other prescribed service provided by aircraft.

17 The Act is amended by adding the following after section 67.2:

Person affected

67.3 Despite sections 67.1 and 67.2, a complaint against the holder of a domestic license related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under subsection 86.11(1) may only be filed by a person adversely affected.

Applying decision to other passengers

67.4 The Agency may, to the extent that it considers it appropriate, make applicable to some or to all passengers of the same flight as the complainant all or part of its decision respecting a complaint related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under paragraph 86.11(1)(b).

b) toute administration publique du Canada ou ses mandataires;

c) personne morale ou entité, constituée ou formée au Canada sous le régime de lois fédérales ou provinciales et contrôlée de fait par des Canadiens et dont au moins cinquante et un pour cent des intérêts avec droit de vote sont détenus et contrôlés par des Canadiens, étant toutefois entendu :

(i) qu'au plus vingt-cinq pour cent de ses intérêts avec droit de vote peuvent être détenus directement ou indirectement par un non-Canadien, individuellement ou avec des personnes du même groupe,

(ii) qu'au plus vingt-cinq pour cent de ses intérêts avec droit de vote peuvent être détenus directement ou indirectement par un ou plusieurs non-Canadiens autorisés à fournir un service aérien dans tout ressort, individuellement ou avec des personnes du même groupe. (*Canadien*)

16 Le paragraphe 56(2) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Exclusion — services spécialisés

(2) La présente partie ne s'applique pas à l'exploitation d'un service spécialisé offert par aéronef, tel que la lutte contre les incendies, la formation en vol, les excursions aériennes, l'épandage, les levés topographiques, la cartographie, la photographie, les sauts en parachute, le remorquage de planeurs, le transport héliporté pour l'exploitation forestière et la construction, les services aéroportés agricoles, industriels ou d'inspection ou les autres services offerts par aéronef prévus par règlement.

17 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 67.2, de ce qui suit :

Personne lésée

67.3 Malgré les articles 67.1 et 67.2, seule une personne lésée peut déposer une plainte contre le titulaire d'une licence intérieure relativement à toute condition de transport visant une obligation prévue par un règlement pris en vertu du paragraphe 86.11(1).

Application de la décision à d'autres passagers

67.4 L'Office peut, dans la mesure qu'il estime indiquée, rendre applicable à une partie ou à l'ensemble des passagers du même vol que le plaignant, tout ou partie de sa décision relative à la plainte de celui-ci portant sur une condition de transport visant une obligation prévue par un règlement pris en vertu de l'alinéa 86.11(1)(b).

2000, c. 15, s. 8

18 (1) The portion of paragraph 86(1)(h) of the English version of the Act before subparagraph (i) is replaced by the following:

(h) respecting traffic and tariffs, fares, rates, charges and terms and conditions of carriage for international service, including

2007, c. 19, s. 26(1)

(2) Subparagraph 86(1)(h)(iii) of the Act is replaced by the following:

(iii) authorizing the Agency to direct a licensee or carrier to take the corrective measures that the Agency considers appropriate and to pay compensation for any expense incurred by a person adversely affected by the licensee's or carrier's failure to apply the fares, rates, charges or terms or conditions of carriage that are applicable to the service it offers and that were set out in its tariffs, if the Agency receives a written complaint and, if the complaint is related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under subsection 86.11(1), it is filed by the person adversely affected,

(iii.1) authorizing the Agency to make applicable, to some or to all passengers of the same flight as the complainant, all or part of the Agency's decision respecting a complaint related to any term or condition of carriage concerning any obligation prescribed by regulations made under paragraph 86.11(1)(b), to the extent that it considers appropriate, and

19 The Act is amended by adding the following after section 86.1:

Regulations — carrier's obligations towards passengers

86.11 (1) The Agency shall, after consulting with the Minister, make regulations in relation to flights to, from and within Canada, including connecting flights,

(a) respecting the carrier's obligation to make terms and conditions of carriage and information regarding any recourse available against the carrier, as specified in the regulations, readily available to passengers in language that is simple, clear and concise;

(b) respecting the carrier's obligations in the case of flight delay, flight cancellation or denial of boarding, including

2000, ch. 15, art. 8

18 (1) Le passage de l'alinéa 86(1)h) de la version anglaise de la même loi précédant le sous-alinéa (i) est remplacé par ce qui suit :

(h) respecting traffic and tariffs, fares, rates, charges and terms and conditions of carriage for international service, including

2007, ch. 19, par. 26(1)

(2) Le sous-alinéa 86(1)h)(iii) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

(iii) sur dépôt d'une plainte écrite, laquelle, si elle se rapporte à des conditions de transport visant des obligations prévues par un règlement pris en vertu du paragraphe 86.11(1), doit être déposée par la personne lésée, enjoindre à tout licencié ou transporteur de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées et de verser des indemnités à la personne lésée par la non-application par le licencié ou le transporteur des prix, taux, frais ou conditions de transport applicables au service et qui figuraient au tarif,

(iii.1) rendre applicable, dans la mesure qu'il estime indiquée, à une partie ou à l'ensemble des passagers du même vol que l'auteur d'une plainte qui porte sur une condition de transport visant une obligation prévue par un règlement pris en vertu de l'alinéa 86.11(1)b), tout ou partie de sa décision relative à cette plainte,

19 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 86.1, de ce qui suit :

Règlements — obligations des transporteurs aériens envers les passagers

86.11 (1) L'Office prend, après consultation du ministre, des règlements relatifs aux vols à destination, en provenance et à l'intérieur du Canada, y compris les vols de correspondance, pour :

a) régir l'obligation, pour le transporteur, de rendre facilement accessibles aux passagers en langage simple, clair et concis les conditions de transport — et les renseignements sur les recours possibles contre le transporteur — qui sont précisés par règlements;

b) régir les obligations du transporteur dans les cas de retard et d'annulation de vols et de refus d'embarquement, notamment :

(i) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet and the minimum compensation the carrier is required to pay for inconvenience when the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control,

(ii) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet when the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control, but is required for safety purposes, including in situations of mechanical malfunctions,

(iii) the carrier's obligation to ensure that passengers complete their itinerary when the delay, cancellation or denial of boarding is due to situations outside the carrier's control, such as natural phenomena and security events, and

(iv) the carrier's obligation to provide timely information and assistance to passengers;

(c) prescribing the minimum compensation for lost or damaged baggage that the carrier is required to pay;

(d) respecting the carrier's obligation to facilitate the assignment of seats to children under the age of 14 years in close proximity to a parent, guardian or tutor at no additional cost and to make the carrier's terms and conditions and practices in this respect readily available to passengers;

(e) requiring the carrier to establish terms and conditions of carriage with regard to the transportation of musical instruments;

(f) respecting the carrier's obligations in the case of tarmac delays over three hours, including the obligation to provide timely information and assistance to passengers, as well as the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet; and

(g) respecting any of the carrier's other obligations that the Minister may issue directions on under subsection (2).

Ministerial directions

(2) The Minister may issue directions to the Agency to make a regulation under paragraph (1)(g) respecting any of the carrier's other obligations towards passengers. The Agency shall comply with these directions.

(i) les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers et les indemnités minimales qu'il doit verser aux passagers pour les inconvénients qu'ils ont subis, lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable,

(ii) les normes minimales relatives au traitement des passagers que doit respecter le transporteur lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable, mais est nécessaire par souci de sécurité, notamment en cas de défaillance mécanique,

(iii) l'obligation, pour le transporteur, de faire en sorte que les passagers puissent effectuer l'itinéraire prévu lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de sa volonté, notamment un phénomène naturel ou un événement lié à la sécurité,

(iv) l'obligation, pour le transporteur, de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers;

c) prévoir les indemnités minimales à verser par le transporteur aux passagers en cas de perte ou d'endommagement de bagage;

d) régir l'obligation, pour le transporteur, de faciliter l'attribution, aux enfants de moins de quatorze ans, de sièges à proximité d'un parent ou d'un tuteur sans frais supplémentaires et de rendre facilement accessibles aux passagers ses conditions de transport et pratiques à cet égard;

e) exiger du transporteur qu'il élabore des conditions de transport applicables au transport d'instruments de musique;

f) régir les obligations du transporteur en cas de retard de plus de trois heures sur l'aire de trafic, notamment celle de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers et les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers;

g) régir toute autre obligation du transporteur sur directives du ministre données en vertu du paragraphe (2).

Directives ministérielles

(2) Le ministre peut donner des directives à l'Office lui demandant de régir par un règlement pris en vertu de l'alinéa (1)g) toute autre obligation du transporteur envers les passagers. L'Office est tenu de se conformer à ces directives.

Restriction

(3) A person shall not receive compensation from a carrier under regulations made under subsection (1) if that person has already received compensation for the same event under a different passenger rights regime than the one provided for under this Act.

Obligations deemed to be in tariffs

(4) The carrier's obligations established by a regulation made under subsection (1) are deemed to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariffs in so far as the carrier's tariffs do not provide more advantageous terms and conditions of carriage than those obligations.

20 (1) The definitions *point of destination* and *point of origin* in section 87 of the Act are replaced by the following:

point of destination means, with respect to traffic on a railway line that is subject to a transfer described in subsection 128(4) or section 131, the point where the traffic is transferred from the line of a railway company to a line to which this Part does not apply; (*point de destination*)

point of origin means, with respect to traffic on a railway line that is subject to a transfer described in subsection 128(4) or section 131, the point where the traffic is transferred to the line of a railway company from a line to which this Part does not apply; (*point d'origine*)

(2) Section 87 of the Act is amended by adding the following in alphabetical order:

Quebec–Windsor corridor means the area of Canada that is bounded

- (a)** to the east by longitude 70.50° W,
- (b)** to the north by a straight line connecting a first point located at latitude 47.45° N and longitude 70.50° W to a second point located at latitude 43.70° N and longitude 83.25° W,
- (c)** to the west by longitude 83.25° W, and
- (d)** to the south by the Canada-United States border; (*axe Québec-Windsor*)

Vancouver–Kamloops corridor means the area of Canada that is bounded

- (a)** to the east by longitude 121.21° W,

Restriction

(3) Nul ne peut obtenir du transporteur une indemnité au titre d'un règlement pris en vertu du paragraphe (1) dans le cas où il a déjà été indemnisé pour le même événement dans le cadre d'un autre régime de droits des passagers que celui prévu par la présente loi.

Obligations réputées figurer au tarif

(4) Les obligations du transporteur prévues par un règlement pris en vertu du paragraphe (1) sont réputées figurer au tarif du transporteur dans la mesure où le tarif ne prévoit pas des conditions de transport plus avantageuses que ces obligations.

20 (1) Les définitions de *point de destination* et *point d'origine*, à l'article 87 de la même loi, sont respectivement remplacées par ce qui suit :

point de destination À l'égard d'une ligne faisant l'objet d'un transfert visé au paragraphe 128(4) ou à l'article 131, s'entend du point de transfert du trafic depuis la ligne d'une compagnie de chemin de fer sur celle d'une compagnie non assujettie à la présente partie. (*point of destination*)

point d'origine À l'égard d'une ligne faisant l'objet d'un transfert visé au paragraphe 128(4) ou à l'article 131, s'entend du point de transfert du trafic sur la ligne d'une compagnie de chemin de fer depuis celle d'une compagnie non assujettie à la présente partie. (*point of origin*)

(2) L'article 87 de la même loi est modifié par adjonction, selon l'ordre alphabétique, de ce qui suit :

axe Québec-Windsor La zone du Canada bornée :

- a)** à l'est par la longitude 70,50° O;
- b)** au nord par une ligne droite reliant un premier point situé à la latitude 47,45° N et à la longitude 70,50° O à un second point situé à la latitude 43,70° N et à la longitude 83,25° O;
- c)** à l'ouest par la longitude 83,25° O;
- d)** au sud par la frontière canado-américaine. (*Québec–Windsor corridor*)

axe Vancouver-Kamloops La zone du Canada bornée :

- a)** à l'est par la longitude 121,21° O;
- b)** au nord par la latitude 50,83° N;

- (b) to the north by latitude 50.83° N,
- (c) to the west by longitude 128.45° W, and
- (d) to the south by the Canada-United States border.
(*axe Vancouver-Kamloops*)

2007, c. 19, ss. 33 and 34

21 The heading before section 106 and sections 106 to 110 of the Act are repealed.

22 (1) The definition *competitive line rate* in section 111 of the Act is repealed.

(2) The definitions *connecting carrier*, *interswitch* and *local carrier* in section 111 of the Act are replaced by the following:

connecting carrier means a railway company, other than a local carrier, that moves traffic to or from an interchange over a portion of a continuous route; (*transporteur de liaison*)

interswitch means to transfer traffic from the lines of one railway company to the lines of another railway company; (*interconnexion*)

local carrier means a class 1 rail carrier that moves traffic to or from an interchange on a continuous route from the point of origin or to the point of destination that is served exclusively by the class 1 rail carrier; (*transporteur local*)

(3) The definition *interswitching rate* in section 111 of the English version of the Act is replaced by the following:

interswitching rate means a rate determined by the Agency in accordance with section 127.1; (*Version anglaise seulement*)

(4) Section 111 of the English version of the Act is amended by adding the following in alphabetical order:

long-haul interswitching rate means a rate determined by the Agency in accordance with paragraph 134(1)(a); (*Version anglaise seulement*)

23 (1) Paragraph 116(1)(b) of the Act is replaced by the following:

- c) à l'ouest par la longitude 128,45° O;
- d) au sud par la frontière canado-américaine. (*Vancouver-Kamloops corridor*)

2007, ch. 19, art. 33 et 34

21 L'intertitre précédant l'article 106 et les articles 106 à 110 de la même loi sont abrogés.

22 (1) La définition de *prix de ligne concurrentiel*, à l'article 111 de la même loi, est abrogée.

(2) Les définitions de *interconnexion*, *transporteur de liaison* et *transporteur local*, à l'article 111 de la même loi, sont respectivement remplacées par ce qui suit :

interconnexion Le transfert du trafic des lignes d'une compagnie de chemin de fer à celles d'une autre compagnie de chemin de fer. (*interswitch*)

transporteur de liaison Compagnie de chemin de fer, transporteur local exclu, qui effectue du transport à destination ou à partir d'un lieu de correspondance sur une partie d'un parcours continu. (*connecting carrier*)

transporteur local Transporteur ferroviaire de catégorie 1 qui effectue du transport à destination ou à partir d'un lieu de correspondance à un point d'origine ou à un point de destination qu'il dessert exclusivement. (*local carrier*)

(3) La définition de *interswitching rate*, à l'article 111 de la version anglaise de la même loi, est remplacée par ce qui suit :

interswitching rate means a rate determined by the Agency in accordance with section 127.1; (*Version anglaise seulement*)

(4) L'article 111 de la version anglaise de la même loi est modifié par adjonction, selon l'ordre alphabétique, de ce qui suit :

long-haul interswitching rate means a rate determined by the Agency in accordance with paragraph 134(1)(a); (*Version anglaise seulement*)

23 (1) Le paragraphe 116(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

(b) within 90 days after receipt of the complaint, determine whether the company is fulfilling that obligation.

(2) Section 116 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

Time limits

(1.1) For the purpose of an investigation conducted under subsection (1), the Agency shall allow a company at least 20 days to file an answer and at least 10 days for a complainant to file a reply.

Agency's own motion

(1.11) The Agency may, with the authorization of the Minister and subject to any terms and conditions that the Minister considers appropriate, of its own motion, conduct an investigation to determine whether a railway company is fulfilling its service obligations. The Agency shall conduct the investigation as expeditiously as possible and make its determination within 90 days after the investigation begins.

Considerations

(1.2) The Agency shall determine that a company is fulfilling its service obligations if it is satisfied that the company provides the highest level of service in respect of those obligations that it can reasonably provide in the circumstances, having regard to the following considerations:

- (a) the traffic to which the service obligations relate;
- (b) the reasonableness of the shipper's requests with respect to the traffic;
- (c) the service that the shipper requires with respect to the traffic;
- (d) any undertaking with respect to the traffic given by the shipper to the company;
- (e) the company's and the shipper's operational requirements and restrictions;
- (f) the company's obligations, if any, with respect to a public passenger service provider;
- (g) the company's obligations in respect of the operation of the railway under this Act;

Plaintes et enquêtes

116 (1) Sur réception d'une plainte selon laquelle une compagnie de chemin de fer ne s'acquitte pas de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114, l'Office mène, aussi rapidement que possible, l'enquête qu'il estime indiquée et décide, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la réception de la plainte, si la compagnie s'acquitte de ses obligations.

(2) L'article 116 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Délais

(1.1) Dans le cadre d'une enquête menée au titre du paragraphe (1), l'Office accorde à la compagnie au moins vingt jours pour produire sa réponse et au moins dix jours au plaignant pour produire sa réplique.

Initiative de l'Office

(1.11) L'Office peut, si le ministre l'autorise et selon les conditions que celui-ci estime indiquées, enquêter de sa propre initiative sur la question de savoir si une compagnie de chemin de fer s'acquitte de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114. L'Office mène l'enquête aussi rapidement que possible et décide de la question dans les quatre-vingt-dix jours suivant le début de l'enquête.

Éléments à prendre en compte

(1.2) L'Office décide que la compagnie s'acquitte de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114 s'il est convaincu, compte tenu des éléments ci-après, que celle-ci fournit, en ce qui a trait à ces obligations, le niveau de services le plus élevé qu'elle peut raisonnablement fournir dans les circonstances :

- a) le transport en cause;
- b) le caractère raisonnable des demandes de l'expéditeur pour le transport en cause;
- c) les services dont l'expéditeur a besoin pour le transport en cause;
- d) les engagements pris par l'expéditeur envers la compagnie relativement au transport en cause;
- e) les besoins et les contraintes de l'expéditeur et de la compagnie en matière d'exploitation;
- f) les obligations que peut avoir la compagnie envers une société de transport publique;

(h) the company's contingency plans to allow it to fulfil its service obligations when faced with foreseeable or cyclical events; and

(i) any information that the Agency considers relevant.

(3) Subsection 116(3) of the Act is replaced by the following:

Long-haul interswitching order binding on Agency

(3) If a long-haul interswitching order has been made under subsection 134(1), the terms established by the order that are related to the manner in which the local carrier is to fulfil its service obligations are binding on the Agency in making its determination.

2014, c. 8, s. 5.1(1)

(4) Paragraph 116(4)(c.1) of the English version of the Act is replaced by the following:

(c.1) order the company to compensate any person adversely affected for any expenses that they incurred as a result of the company's failure to fulfil its service obligations or, if the company is a party to a confidential contract with a shipper that requires the company to pay an amount of compensation for expenses incurred by the shipper as a result of the company's failure to fulfil its service obligations, order the company to pay that amount to the shipper;

(5) Subsection 116(6) of the Act is replaced by the following:

Right of action not limited

(5.1) If an arbitrator's decision made under section 169.37 includes a term with respect to an amount described in paragraph 169.31(1)(c.1), the term does not limit the right to claim an amount of compensation in an action under subsection (5).

Company not relieved

(6) Subject to the terms of a confidential contract referred to in subsection 113(4) or a tariff that sets out, in accordance with subsection 136.4(1), terms established in a long-haul interswitching order, a company is not relieved from an action taken under subsection (5) by any notice, condition or declaration if the damage claimed in the action arises from any negligence or omission of the company or any of its employees.

g) les obligations de la compagnie au titre de la présente loi relativement à l'exploitation du chemin de fer;

h) les plans établis par la compagnie pour lui permettre de s'acquitter de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114 quand elle fait face à des situations cycliques ou prévisibles;

i) les renseignements qu'il estime pertinents.

(3) Le paragraphe 116(3) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Arrêté d'interconnexion de longue distance

(3) Dans sa décision, l'Office est lié par l'arrêté d'interconnexion de longue distance pris en vertu du paragraphe 134(1) en ce qui concerne les moyens à prendre par le transporteur local pour s'acquitter de ses obligations prévues par les articles 113 et 114.

2014, ch. 8, par. 5.1(1)

(4) L'alinéa 116(4)c.1) de la version anglaise de la même loi est remplacé par ce qui suit :

(c.1) order the company to compensate any person adversely affected for any expenses that they incurred as a result of the company's failure to fulfil its service obligations or, if the company is a party to a confidential contract with a shipper that requires the company to pay an amount of compensation for expenses incurred by the shipper as a result of the company's failure to fulfil its service obligations, order the company to pay that amount to the shipper;

(5) Le paragraphe 116(6) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Droit d'action non affecté

(5.1) Si une décision arbitrale rendue en vertu de l'article 169.37 établit les modalités concernant les sommes à payer par la compagnie en cas de non-respect des conditions d'exploitation, ces modalités ne limitent pas le droit d'action en ce qui a trait au montant de l'indemnisation qui peut être demandé.

Compagnie non soustraite

(6) Sous réserve des stipulations d'un contrat confidentiel visé au paragraphe 113(4) ou d'un tarif où figurent, en application du paragraphe 136.4(1), les termes établis par un arrêté d'interconnexion de longue distance, une compagnie n'est pas soustraite à une action intentée en vertu du paragraphe (5) par un avis, une condition ou une déclaration, si le dommage allégué est causé par la

24 Subsections 117(3) and (4) of the Act are replaced by the following:

Accessibility of tariff

(3) The railway company shall make the tariff accessible to the public by publishing it on its Internet site.

25 (1) Paragraphs 126(1)(d) and (e) of the Act are replaced by the following:

(d) the manner in which the company is to fulfil its service obligations under section 113; and

(e) any conditions relating to the traffic to be moved by the company, including any amount to be paid by the company or the shipper in relation to a failure to comply with any condition related to the service obligations referred to in paragraph (d).

2013, c. 31, s. 8(1)

(2) Subsection 126(1.1) of the Act is replaced by the following:

Request for confidential contract

(1.1) A shipper may request that a railway company make it an offer to enter into a contract under subsection (1) with the railway company respecting

(a) the manner in which the company is to fulfil its service obligations under section 113; or

(b) any amount to be paid in relation to the company's or the shipper's failure to comply with a term related to those service obligations, the purpose of which is to encourage the efficient movement of the shipper's traffic and the performance of the railway system.

Restriction

(1.11) The shipper may only make a request in respect of an amount described in paragraph (1.1)(b) if the amount relates to a term that is included in the request under subsection (1.1).

2013, c. 31, s. 8(1)

(3) Paragraph 126(1.4)(c) of the Act is replaced by the following:

(c) is set out in a tariff referred to in subsection 136.4(1) or 165(3); or

négligence ou les omissions de la compagnie ou d'un de ses employés.

24 Les paragraphes 117(3) et (4) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Accès au tarif

(3) La compagnie rend le tarif accessible au public en le publiant sur son site Internet.

25 (1) Les alinéas 126(1)d) et e) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

d) les moyens pris par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113;

e) les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie, notamment les sommes à payer par la compagnie ou l'expéditeur en cas de non-respect de toute condition liée aux obligations visées à l'alinéa d).

2013, ch. 31, par. 8(1)

(2) Le paragraphe 126(1.1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Demande de contrat confidentiel

(1.1) L'expéditeur peut demander à une compagnie de chemin de fer de lui présenter une offre en vue de la conclusion d'un contrat, en application du paragraphe (1), concernant :

a) les moyens que celle-ci doit prendre pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113;

b) les sommes à payer, pour encourager l'efficacité du transport des marchandises de l'expéditeur et l'amélioration du rendement du système de chemin de fer, en cas de non-respect, par la compagnie ou l'expéditeur, des conditions liées à ces obligations.

Restriction

(1.11) L'expéditeur ne peut présenter une demande au titre du paragraphe (1.1) concernant les sommes à payer en cas de non-respect par la compagnie ou l'expéditeur des conditions liées aux obligations prévues par l'article 113 qu'à l'égard de celles de ces conditions qui sont elles aussi visées par la demande.

2013, ch. 31, par. 8(1)

(3) L'alinéa 126(1.4)c) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

c) figure dans un tarif visé aux paragraphes 136.4(1) ou 165(3);

26 (1) Subsections 127(2) and (3) of the Act are replaced by the following:

Order

(2) If the point of origin or destination of a continuous movement of traffic is within a radius of 30 km, or a prescribed greater distance, of an interchange, the Agency may order

- (a) one of the companies to interswitch the traffic; and
- (b) the railway companies to provide reasonable facilities for the convenient interswitching of traffic in both directions at an interchange between the lines of either railway and those of other railway companies connecting with them.

Interswitching limits

(3) If the point of origin or destination of a continuous movement of traffic is within a radius of 30 km, or a prescribed greater distance, of an interchange, a railway company shall not transfer the traffic at the interchange except in accordance with the regulations and the inter-switching rate.

(2) Subsection 127(4) of the Act is replaced by the following:

Extension of interswitching limits

(4) On the application of a person referred to in subsection (1), the Agency may deem a point of origin or destination of a movement of traffic in any particular case to be within 30 km of an interchange if the Agency is of the opinion that, in the circumstances, the point of origin or destination is reasonably close to the interchange.

27 The Act is amended by adding the following after section 127:

Interswitching rate

127.1 (1) The Agency shall, no later than December 1 of every year, determine the rate per car to be charged for interswitching traffic for the following calendar year.

Considerations

(2) In determining an interswitching rate, the Agency shall take into consideration

26 (1) Les paragraphes 127(2) et (3) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Interconnexion

(2) Si le point d'origine ou le point de destination d'un transport continu est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance, ou à la distance supérieure prévue par règlement, l'Office peut ordonner :

- a) à l'une des compagnies d'effectuer l'interconnexion;
- b) aux compagnies de fournir les installations convenables pour permettre l'interconnexion, d'une manière commode et dans les deux directions, à un lieu de correspondance, du trafic, entre les lignes de l'un ou l'autre chemin de fer et celles des autres compagnies de chemins de fer qui y sont raccordées.

Limites

(3) Si le point d'origine ou le point de destination d'un transport continu est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance, ou à la distance supérieure prévue par règlement, le transfert de trafic par une compagnie de chemin de fer à ce lieu de correspondance est subordonné au respect des règlements et du prix fixé en application de l'article 127.1.

(2) Le paragraphe 127(4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Agrandissement des limites

(4) Sur demande formée au titre du paragraphe (1), l'Office peut statuer que, dans un cas particulier où le point d'origine ou le point de destination du trafic est situé à plus de trente kilomètres d'un lieu de correspondance et où il est d'avis que, dans les circonstances, le point d'origine ou le point de destination est suffisamment près du lieu de correspondance, le point d'origine ou le point de destination, selon le cas, est réputé situé à l'intérieur de cette distance.

27 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 127, de ce qui suit :

Prix par wagon pour l'interconnexion

127.1 (1) Au plus tard le 1^{er} décembre de chaque année, l'Office fixe le prix par wagon à exiger durant l'année civile suivante pour l'interconnexion du trafic.

Éléments à prendre en compte

(2) Lorsqu'il fixe le prix, l'Office prend en compte :

- a) les réductions de coûts qui, à son avis, sont entraînées par le mouvement d'un plus grand nombre de

(a) any reduction in costs that, in the opinion of the Agency, results from moving a greater number of cars or from transferring several cars at the same time; and

(b) any long-term investment needed in the railways.

Limit on rate

(3) In determining an interswitching rate, the Agency shall consider the average variable costs of all movements of traffic that are subject to the rate and the rate shall not be less than the variable costs of moving the traffic, as determined by the Agency.

Publication of method

(4) The Agency shall, when it makes its determination under subsection (1), publish the method that it followed for determining the rate.

Interswitching rate to be published

(5) The Agency shall cause the interswitching rate to be published in the *Canada Gazette* no later than December 31 before the beginning of the calendar year for which the rate applies.

28 (1) Paragraph 128(1)(b) of the Act is replaced by the following:

(b) establishing distance zones for the purpose of determining the interswitching rate; and

(2) Subsection 128(1) of the Act is amended by adding “and” at the end of paragraph (a), by striking out “and” at the end of paragraph (b) and by repealing paragraph (c).

(3) Subsections 128(2) and (3) of the Act are repealed.

29 The heading before section 129 and sections 129 to 136 of the Act are replaced by the following:

Power to require information

128.1 No later than August 31 of every year, a railway company shall provide to the Agency, in the form and manner specified by the Agency, the information or documents that the Agency considers necessary to exercise its powers or perform its duties or functions under section 127.1.

wagons ou par le transfert de plusieurs wagons à la fois;

b) les investissements à long terme requis dans les chemins de fer.

Prix minimal

(3) Le prix tient compte des frais variables moyens de tous les transports de marchandises visés par celui-ci et ne peut être inférieur aux frais variables — établis par l’Office — de ces transports.

Publication de la méthode

(4) L’Office publie, quand il fixe ce prix, la méthode qu’il a suivie pour le faire.

Publication du prix

(5) L’Office fait publier le prix dans la *Gazette du Canada* au plus tard le 31 décembre précédant le début de l’année civile durant laquelle il s’appliquera.

28 (1) L’alinéa 128(1)(b) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

b) établir des zones tarifaires en vue de fixer, en application de l’article 127.1, le prix par wagon à exiger pour l’interconnexion du trafic;

(2) L’alinéa 128(1)c) de la même loi est abrogé.

(3) Les paragraphes 128(2) et (3) de la même loi sont abrogés.

29 L’intertitre précédant l’article 129 et les articles 129 à 136 de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Demande de renseignements

128.1 Au plus tard le 31 août de chaque année, la compagnie de chemin de fer fournit à l’Office, en la forme et selon les modalités précisées par celui-ci, les renseignements ou documents qu’il estime nécessaires à l’exercice de ses attributions au titre de l’article 127.1.

Long-haul Interswitching

Long-haul interswitching order

129 (1) A shipper may apply to the Agency for a long-haul interswitching order against a railway company that is a class 1 rail carrier if

- (a) the shipper has access to the lines of only that railway company at the point of origin or destination of the movement of the shipper's traffic in the reasonable direction of the traffic and its destination;
- (b) a continuous route between those points is operated by two or more railway companies;
- (c) the shipper is dissatisfied with a rate charged or proposed to be charged by the railway company referred to in paragraph (a) or with the proposed manner in which that railway company is to fulfil its service obligations for the movement of the shipper's traffic between the point of origin or destination that is served exclusively by that railway company and the nearest interchange in Canada with a connecting carrier; and
- (d) the matter described in paragraph (c) cannot be resolved between the shipper and the railway company.

Restriction

(2) If, at both the point of origin and the point of destination of the movement of the shipper's traffic, a shipper has access to the lines of only one railway company that is a class 1 rail carrier, the shipper is entitled to apply for only one long-haul interswitching order, which is to be in respect of either the movement of the traffic from the point of origin to the nearest interchange in Canada or the movement of the traffic from the nearest interchange in Canada to the point of destination.

No entitlement

(3) A shipper is not entitled to apply to the Agency for a long-haul interswitching order

- (a) if the point of origin or destination that is served exclusively by the local carrier is within a radius of 30 km, or a prescribed greater distance, of an interchange in Canada that is in the reasonable direction of the shipper's traffic and its destination;
- (b) if the point of origin or destination that is served exclusively by the local carrier or the nearest interchange is located within the Quebec–Windsor corridor or the Vancouver–Kamloops corridor;

Interconnexion de longue distance

Demande d'arrêté

129 (1) L'expéditeur peut demander à l'Office de prendre un arrêté d'interconnexion de longue distance à l'encontre d'une compagnie de chemin de fer qui est un transporteur ferroviaire de catégorie 1 si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'expéditeur n'a accès qu'aux lignes de cette compagnie de chemin de fer au point d'origine ou au point de destination du transport dans la direction la plus judicieuse du transport vers sa destination;
- b) un parcours continu est exploité entre ces points par plusieurs compagnies de chemin de fer;
- c) l'expéditeur est insatisfait du prix appliqué ou proposé par la compagnie en cause ou des moyens qu'elle offre de prendre pour s'acquitter de ses obligations prévues par les articles 113 et 114 pour le transport de marchandises entre celui du point d'origine ou du point de destination qui est desservi exclusivement par elle et le lieu de correspondance le plus proche, situé au Canada, avec un transporteur de liaison;
- d) la compagnie en cause et l'expéditeur ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question visée à l'alinéa c).

Restriction

(2) Si l'expéditeur n'a accès qu'aux lignes d'une seule compagnie de chemin de fer qui est un transporteur ferroviaire de catégorie 1 au point d'origine et au point de destination du transport, il ne peut présenter qu'une seule demande, laquelle vise soit le transport du point d'origine au lieu de correspondance le plus proche situé au Canada soit le transport du lieu de correspondance le plus proche situé au Canada au point de destination.

Exclusions

(3) L'expéditeur ne peut demander à l'Office de prendre un arrêté d'interconnexion de longue distance dans les cas suivants :

- a) celui du point d'origine ou du point de destination du transport qui est desservi exclusivement par le transporteur local est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance situé au Canada ou à la distance supérieure prévue par règlement et le lieu de correspondance est situé dans la direction la plus judicieuse du transport vers sa destination;

(c) if the point of origin or destination that is served exclusively by the local carrier is located on a track that

(i) serves a reload or distribution compound, a container terminal or any other facility operated by the local carrier or for the local carrier's own purposes, or

(ii) is used by the local carrier for the transfer of traffic between cars or between a car and a warehouse owned by the local carrier;

(d) for the movement of vehicles, as defined in section 2 of the *Motor Vehicle Safety Act*, or of parts of those vehicles;

(e) for the movement of TIH (Toxic Inhalation Hazard) material;

(f) for the movement of radioactive material;

(g) for the movement of oversized traffic on flat cars, if the dimensions of the traffic require exceptional measures be taken;

(h) for the movement, on flat cars, of containers or trailers;

(i) if the traffic to be moved is already the subject of a long-haul interswitching order;

(j) if an order or consent agreement made under Part VIII of the *Competition Act*, which followed an application made by the Commissioner of Competition, addresses the rate for the traffic to be moved; or

(k) in any other case specified in the regulations.

Deeming – interchange

(4) For the purpose of paragraph (3)(b), an interchange located in the metropolitan area of Montreal is deemed to be the nearest interchange and to be located outside the Quebec–Windsor corridor if

(a) the point of origin of the movement of the shipper's traffic is located in Quebec and north of the Quebec-Windsor corridor;

b) celui du point d'origine ou du point de destination du transport qui est desservi exclusivement par le transporteur local ou le lieu de correspondance le plus proche est situé dans l'axe Québec-Windsor ou dans l'axe Vancouver-Kamloops;

c) celui du point d'origine ou du point de destination du transport qui est desservi exclusivement par le transporteur local est situé :

(i) soit sur une voie desservant un terminal de transbordement ou de distribution, un terminal à conteneurs ou toute autre installation qui sont exploités par le transporteur local ou pour les besoins de celui-ci,

(ii) soit sur une voie utilisée par ce transporteur pour le transfert du trafic d'un wagon à un autre ou d'un wagon à un entrepôt lui appartenant ou vice versa;

d) les marchandises à transporter sont des véhicules au sens de l'article 2 de la *Loi sur la sécurité automobile* ou des pièces de tels véhicules;

e) les marchandises à transporter sont des matières toxiques par inhalation;

f) les marchandises à transporter sont des matières radioactives;

g) le transport sur wagons plats de marchandises surdimensionnées qui requiert la prise de mesures exceptionnelles en raison des dimensions des marchandises;

h) le transport, sur wagons plats, de remorques ou de conteneurs;

i) le transport en cause fait déjà l'objet d'un tel arrêté;

j) le prix du transport est visé par une ordonnance ou un consentement visés à la partie VIII de la *Loi sur la concurrence* qui découlent d'une demande présentée par le commissaire de la concurrence;

k) tout autre cas prévu par règlement.

Présomption – lieu de correspondance

(4) Pour l'application de l'alinéa (3)b), un lieu de correspondance situé dans la région métropolitaine de Montréal est réputé être le plus proche et être situé à l'extérieur de l'axe Québec-Windsor si les conditions ci-après sont remplies :

a) le point d'origine du transport est situé au Québec et au nord de cet axe;

- (b) the shipper has access to the lines of only one class 1 rail carrier at the point of origin; and
- (c) the nearest interchange is located in the Quebec–Windsor corridor.

Conditions

130 (1) Subsection (2) applies if

- (a) a shipper has access to the lines of only one railway company at the point of origin or destination of the movement of the shipper's traffic;
- (b) the railway company referred to in paragraph (a) is not a class 1 rail carrier; and
- (c) there is a junction between the lines of the railway company referred to in paragraph (a) and the lines of a railway that is operated by a class 1 rail carrier and the shipper has access to only those railway lines at that junction.

Deeming

(2) For the purposes of sections 129 and 131 to 136.6,

- (a) the junction referred to in paragraph (1)(c) is deemed to be the point of origin or the point of destination, as the case may be;
- (b) the junction referred to in paragraph (1)(c) is deemed to be served exclusively by the class 1 rail carrier referred to in that paragraph; and
- (c) the class 1 rail carrier referred to in paragraph (1)(c) is deemed to be the local carrier.

Transferred railway lines

131 For greater certainty, the transfer of a railway line, or an operating interest in it, under Division V or section 158 of the *National Transportation Act, 1987* does not affect the right of a shipper to apply for a long-haul inter-switching order.

Contents of application

132 The shipper shall, in its application for a long-haul inter-switching order,

- (a) provide an undertaking to the local carrier to move the traffic by rail with the local carrier between the point of origin or destination that is served exclusively by the local carrier and the nearest interchange in Canada with a connecting carrier in accordance with the long-haul inter-switching order; and

- b) l'expéditeur a accès aux lignes d'un seul transporteur ferroviaire de catégorie 1 au point d'origine;
- c) le lieu de correspondance le plus proche est situé dans cet axe.

Conditions

130 (1) Le paragraphe (2) s'applique si les conditions suivantes sont réunies :

- a) l'expéditeur n'a accès qu'aux lignes d'une seule compagnie de chemin de fer au point d'origine ou au point de destination du transport;
- b) cette compagnie n'est pas un transporteur ferroviaire de catégorie 1;
- c) il y a un point de raccordement entre les lignes exploitées par la compagnie visée à l'alinéa a) et celles exploitées par un transporteur ferroviaire de catégorie 1 et l'expéditeur n'a accès, à ce point de raccordement, qu'à ces lignes de chemin de fer.

Fictions

(2) Pour l'application des articles 129 et 131 à 136.6 :

- a) le point de raccordement visé à l'alinéa (1)c) est réputé être le point d'origine ou le point de destination, selon le cas;
- b) le point de raccordement visé à l'alinéa (1)c) est réputé desservi exclusivement par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 visé à cet alinéa;
- c) le transporteur ferroviaire de catégorie 1 visé à l'alinéa (1)c) est réputé être le transporteur local.

Transfert de lignes

131 Il demeure entendu que le transfert des droits de propriété ou d'exploitation sur une ligne en application de la section V ou de l'article 158 de la *Loi de 1987 sur les transports nationaux* ne limite pas le droit de l'expéditeur de demander un arrêté d'interconnexion de longue distance.

Contenu de la demande

132 La demande d'arrêté d'interconnexion de longue distance contient :

- a) d'une part, l'engagement pris par l'expéditeur envers le transporteur local de faire transporter, conformément à l'arrêté, les marchandises par rail entre celui du point d'origine ou du point de destination qui est desservi exclusivement par ce transporteur et le

(b) indicate the continuous route that the shipper has chosen for the movement of the shipper's traffic.

Dismissal of application

133 The Agency shall dismiss the application for a long-haul interswitching order if the shipper does not demonstrate, to the Agency's satisfaction, that an attempt has been made to resolve the matters referred to in the application.

Determination by Agency

134 (1) Within 30 business days after receiving the application for a long-haul interswitching order, the Agency shall, by order, determine any of the following matters in respect of which the shipper and the local carrier do not agree:

- (a) the long-haul interswitching rate that applies in respect of the movement of the shipper's traffic between the point of origin or destination that is served exclusively by the class 1 rail carrier and the nearest interchange in Canada with a connecting carrier;
- (b) the continuous route from the point of origin to the point of destination;
- (c) the nearest interchange in Canada; and
- (d) the manner in which the local carrier is to fulfil its service obligations in respect of the movement of traffic described in paragraph (a).

Maximum portion of traffic

(2) The Agency shall not make a long-haul interswitching order if the movement of the shipper's traffic between the point of origin or destination that is served exclusively by the class 1 rail carrier and the nearest interchange in Canada exceeds the greater of

- (a) 1 200 km; and
- (b) 50% of the total number of kilometres over which the traffic is moved by rail in Canada.

Long-haul interswitching rate

135 (1) The following rules apply to the determination of the long-haul interswitching rate:

lieu de correspondance le plus proche, situé au Canada, avec un transporteur de liaison;

b) d'autre part, le parcours continu choisi par l'expéditeur.

Demande rejetée

133 L'Office rejette la demande d'arrêté d'interconnexion de longue distance si l'expéditeur ne le convainc pas que des efforts ont été déployés pour régler les questions soulevées dans la demande.

Établissement par l'Office

134 (1) L'Office établit par arrêté, dans les trente jours ouvrables suivant la réception de la demande d'arrêté d'interconnexion de longue distance, tels des éléments ci-après qui n'ont pas fait l'objet d'une entente entre l'expéditeur et le transporteur local :

- a) le prix de l'interconnexion de longue distance qui s'applique au transport de marchandises entre celui du point d'origine ou du point de destination qui est desservi exclusivement par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 et le lieu de correspondance le plus proche, situé au Canada, avec un transporteur de liaison;
- b) le parcours continu entre le point d'origine et le point de destination;
- c) le lieu de correspondance le plus proche situé au Canada;
- d) les moyens à prendre par le transporteur local pour s'acquitter, en ce qui a trait au transport visé à l'alinéa a), de ses obligations prévues par les articles 113 et 114.

Distance maximale

(2) L'Office ne peut prendre l'arrêté si la distance entre celui du point d'origine ou du point de destination qui est desservi exclusivement par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 et le lieu de correspondance le plus proche, situé au Canada, avec un transporteur de liaison dépasse la plus grande des distances suivantes :

- a) 1 200 km;
- b) cinquante pour cent de la distance totale du transport par rail au Canada.

Prix de l'interconnexion de longue distance

135 (1) Les règles ci-après s'appliquent à l'établissement du prix de l'interconnexion de longue distance :

(a) for the first 30 km, or a greater distance prescribed in regulations made under paragraph 128(1)(c), the rate is to be the interswitching rate; and

(b) for the remainder of the distance, the Agency shall determine the rate by having regard to the revenue per tonne kilometre for the movement by the local carrier of comparable traffic in respect of which no long-haul interswitching rate applies.

Minimum rate

(2) The Agency shall not determine the rate described in paragraph (1)(b) to be less than the average of the revenue per tonne kilometre for the movement by the local carrier of comparable traffic in respect of which no long-haul interswitching rate applies.

Factors to consider — comparable traffic

(3) For the purpose of paragraph (1)(b), the Agency shall determine what constitutes comparable traffic by having regard to

- (a) the type of traffic;
- (b) the distance over which the traffic is moved;
- (c) the conditions of the movement of the traffic, including whether it is moved as single cars, blocks of cars or unit trains;
- (d) the type and ownership of the cars used to move the traffic;
- (e) the handling requirements for the traffic;
- (f) the volume and frequency of the traffic;
- (g) any undertaking given by the shipper in respect of the volume of the traffic;
- (h) any incentives, rebates or any similar reductions in respect of the traffic; and
- (i) any other factor related to the requirements of the shipper and the local carrier that the Agency considers appropriate.

Factors to consider — rate

(4) The Agency shall determine the rate described in paragraph (1)(b) by having regard to the factors described in subsection (3), the density of traffic on the lines of the local carrier on which the traffic is to be moved and any long-term investment needed in those lines.

a) pour les trente premiers kilomètres ou la distance supérieure prévue par les règlements pris en vertu de l'alinéa 128(1)c), le prix est celui fixé en application de l'article 127.1;

b) pour la portion restante, l'Office établit un prix en tenant compte des recettes par tonne-kilomètre pour un transport comparable qui est effectué par le transporteur local en cause et dont le prix n'est pas établi par un arrêté d'interconnexion de longue distance.

Prix minimal

(2) Le prix établi par l'Office pour la portion du transport visée à l'alinéa (1)b) doit toutefois être égal ou supérieur à la moyenne des recettes par tonne-kilomètre pour un transport comparable visé à cet alinéa.

Facteurs à prendre en compte — transport comparable

(3) Pour décider, pour l'application de l'alinéa (1)b), ce qui constitue un transport comparable, l'Office tient compte des facteurs suivants :

- a) le type de marchandises;
- b) la distance à franchir;
- c) les conditions du transport, notamment le fait que le transport est effectué par wagon unique, par rame de wagons ou par train-bloc;
- d) le type et la propriété des wagons utilisés;
- e) les exigences relatives à la manutention des marchandises;
- f) le volume de marchandises et la fréquence du transport;
- g) les engagements pris par l'expéditeur relativement au volume de marchandises;
- h) les primes, rabais ou réductions semblables accordés relativement au transport;
- i) tout autre facteur lié aux besoins de l'expéditeur et du transporteur local qu'il estime pertinent.

Facteurs à prendre en compte — prix

(4) Pour établir le prix visé à l'alinéa (1)b), l'Office tient compte des facteurs prévus au paragraphe (3), de la densité du trafic sur les lignes du transporteur local sur lesquelles celui-ci effectue le transport et des investissements à long terme requis sur ces lignes.

Continuous route

136 (1) The Agency shall, in determining the continuous route from the point of origin to the point of destination, have regard to the continuous route that has been chosen by the shipper for the movement of its traffic in its application.

Route in Canada

(2) If the point of destination of the continuous route of a movement of the shipper's traffic is in Canada, the Agency shall determine a continuous route that is wholly within Canada, unless there is no cost-effective continuous route wholly within Canada that is available to the shipper and over which it is reasonable to move the shipper's traffic.

Export and import

(3) For the purposes of subsections (1) and (2),

(a) if the traffic is to be moved through a port in Canada for import into Canada, that port is the point of origin; and

(b) if the traffic is to be moved through a port in Canada for export out of Canada, that port is the point of destination.

Nearest interchange

136.1 The Agency shall determine the nearest interchange in Canada to be the one nearest to the point of origin or destination, whichever is served exclusively by the local carrier, in the reasonable direction of the movement of the traffic from the point of origin to the point of destination on the continuous route, unless the local carrier can demonstrate that the interchange cannot be used for engineering reasons.

Service obligations

136.2 The Agency shall determine the manner in which the local carrier is to fulfil its service obligations by having regard to the considerations set out in paragraphs 116(1.2)(a) to (i).

Duration of order

136.3 The long-haul interswitching order applies to the parties for a period of one year as of the date of the order, unless the parties agree otherwise.

Incorporation in tariff

136.4 (1) The local carrier shall, without delay after the long-haul interswitching order is made, set out in a tariff the terms established by the order, unless the shipper and local carrier agree to include those terms in a confidential contract.

Parcours continu

136 (1) Pour établir le parcours continu du point d'origine au point de destination, l'Office tient compte du parcours continu choisi par l'expéditeur dans sa demande.

Parcours au Canada

(2) Si le point de destination du parcours continu est situé au Canada, l'Office établit un parcours continu qui y est entièrement situé; il n'est toutefois pas tenu de le faire s'il n'y en a pas qui puisse être emprunté convenablement pour un prix concurrentiel.

Exportation et importation

(3) Pour l'application des paragraphes (1) et (2) :

a) si le transport passe par un port au Canada en vue de l'importation au Canada, ce port est le point d'origine;

b) si le transport passe par un port au Canada en vue de l'exportation du Canada, ce port est le point de destination.

Lieu de correspondance le plus proche

136.1 Le lieu de correspondance le plus proche situé au Canada établi par l'Office est celui le plus proche du point d'origine ou du point de destination desservi exclusivement par le transporteur local du transport effectué dans la direction la plus judicieuse de l'origine à la destination sur le parcours continu, sauf si le transporteur local peut établir que ce lieu de correspondance ne peut pas être utilisé pour des raisons techniques.

Moyens à prendre

136.2 Pour établir les moyens à prendre par le transporteur local pour s'acquitter de ses obligations prévues par les articles 113 et 114, l'Office tient compte des éléments prévus aux alinéas 116(1.2)a) à i).

Durée

136.3 L'arrêté d'interconnexion de longue distance s'applique aux parties pendant un an à compter de sa date, sauf accord entre elles à l'effet contraire.

Insertion dans le tarif

136.4 (1) Le transporteur local inscrit, sans délai après le prononcé de l'arrêté d'interconnexion de longue distance, les termes établis par l'arrêté dans un tarif, sauf s'il convient avec l'expéditeur de les inclure dans un contrat confidentiel.

Publication not required

(2) Subsection 117(3) does not apply in respect of the tariff.

No final offer arbitration

136.5 If a long-haul interswitching order is made by the Agency, the shipper is not entitled to submit any matter related to the movement of the traffic that is the subject of the order to the Agency for final offer arbitration under section 161.

Obligation of carriers to provide cars

136.6 (1) Subject to any agreement to the contrary, if a long-haul interswitching order is made, the connecting carrier is responsible for providing the shipper with an adequate supply of cars for the traffic being moved, in addition to its other service obligations in relation to the movement of the traffic.

Additional obligations

(2) Subject to any agreement to the contrary, the connecting carrier is, in respect of the interchange referred to in paragraph 129(1)(c), responsible for

(a) a prorated share, determined in accordance with subsection (3), of the costs of operating and maintaining the interchange during the period in which the long-haul interswitching order applies; and

(b) the capital cost of making any change to the interchange that may be necessary for transferring the traffic that is the subject of the long-haul interswitching order.

Determination of prorated share

(3) The prorated share is the proportion that the traffic that is the subject of the order transferred at the interchange and moved by the connecting carrier during the period in which the order applies is of the total traffic transferred at the interchange during that period.

Share of capital cost

(4) If more than one connecting carrier moves the traffic that is the subject of the order, the capital cost is to be shared between the connecting carriers based on each connecting carrier's share of the amount of traffic moved.

Regulations

136.7 The Governor in Council may, for the purpose of paragraph 129(3)(k), make regulations specifying cases in which a shipper is not entitled to apply for a long-haul interswitching order.

Exemption de publication

(2) Le paragraphe 117(3) ne s'applique pas à l'égard de ce tarif.

Exclusion de l'arbitrage

136.5 Les questions relatives au transport visé par un arrêté d'interconnexion de longue distance ne peuvent pas être soumises à l'arbitrage prévu à l'article 161.

Obligation du transporteur de liaison

136.6 (1) Si un arrêté d'interconnexion de longue distance est pris, il incombe au transporteur de liaison, en plus de ses autres obligations prévues par les articles 113 et 114 à l'égard du transport, de fournir à l'expéditeur une quantité suffisante de wagons pour le transport à effectuer, sous réserve d'une entente à l'effet contraire.

Responsabilité du transporteur

(2) Sous réserve d'une entente à l'effet contraire, le transporteur de liaison est responsable, à l'égard du lieu de correspondance visé à l'alinéa 129(1)c) :

a) d'une part, répartie conformément au paragraphe (3), des frais, supportés pendant la période d'application de l'arrêté, d'exploitation et d'entretien du lieu de correspondance;

b) des frais en immobilisations relatifs à la modification de celui-ci qui peuvent être nécessaires pour permettre le transfert du trafic visé par l'arrêté.

Part répartie

(3) La part répartie correspond à la proportion du trafic visé par l'arrêté échangé au lieu de correspondance et transporté par le transporteur de liaison pendant cette période par rapport au trafic total échangé à ce lieu pendant la période.

Portion des frais en immobilisations

(4) Si le trafic visé par l'arrêté est transporté par plusieurs transporteurs de liaison, les frais en immobilisations sont répartis entre ces transporteurs en fonction de la proportion du trafic que chacun d'eux transporte.

Règlements

136.7 Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prévoir pour l'application de l'alinéa 129(3)k) des cas où l'expéditeur ne peut demander à l'Office de prendre un arrêté d'interconnexion de longue distance.

Suspension of operation

136.8 If the Governor in Council is of the opinion that the financial viability of a railway company is seriously affected by the operation of sections 129 to 136.7, the Governor in Council may, by order, suspend the operation of those sections during the period specified in the order.

Interchanges

List

136.9 (1) A railway company shall prepare and keep up to date a list of the locations of the interchanges on the railway that the company operates. It shall publish the list on its Internet site or the Internet site of an association or other entity representing railway companies.

Notice

(2) A railway company may remove an interchange from its list only after the expiry of 120 days after it

(a) has published a notice of its intention to do so on its Internet site or the Internet site of an association or other entity representing railway companies; and

(b) has sent a copy of the notice to the Agency.

Service obligations

(3) For greater certainty, the removal of an interchange under subsection (2) does not relieve a railway company from its service obligations.

2015, c. 31, s. 9

30 Subsection 137(1) of the Act is replaced by the following:

Agreement

137 (1) Any issue related to liability, including liability to a third party, in respect of the movement of a shipper's traffic shall be dealt with between the railway company and the shipper only by means of a written agreement that is signed by the shipper or by an association or other entity representing shippers.

31 The Act is amended by adding the following after section 137:

Suspension de l'application

136.8 S'il est d'avis que l'application des articles 129 à 136.7 a des répercussions importantes sur la viabilité financière d'une compagnie de chemin de fer, le gouverneur en conseil peut, par décret, suspendre l'application de ces articles pour la période qu'il précise.

Lieux de correspondance

Liste

136.9 (1) La compagnie de chemin de fer établit et met à jour la liste des emplacements de lieux de correspondance situés sur le chemin de fer qu'elle exploite. Elle la publie sur son site Internet ou sur celui d'une association ou autre entité représentant les compagnies de chemin de fer.

Avis de suppression

(2) Elle ne peut supprimer un lieu de correspondance de la liste qu'à l'expiration du délai de cent vingt jours suivant :

a) d'une part, la publication d'un avis sur son site Internet ou sur celui d'une association ou autre entité représentant les compagnies de chemin de fer;

b) d'autre part, l'envoi d'une copie de cet avis à l'Office.

Obligations de la compagnie

(3) Il est entendu que le fait pour la compagnie de chemin de fer de supprimer un lieu de correspondance au titre du paragraphe (2) ne la relève pas de ses obligations prévues par les articles 113 et 114.

2015, ch. 31, art. 9

30 Le paragraphe 137(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Accord

137 (1) Les questions portant sur la responsabilité relativement au transport des marchandises d'un expéditeur, notamment envers les tiers, ne peuvent être traitées entre la compagnie de chemin de fer et l'expéditeur que par accord écrit signé soit par l'expéditeur, soit par une association ou une autre entité représentant les expéditeurs.

31 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 137, de ce qui suit :

Complaints

137.1 If, after receiving a complaint, the Agency finds that a railway company is not complying with subsection 137(1), the Agency may order it to take any measures that the Agency considers appropriate to comply with that subsection.

32 (1) Subsection 141(2) of the Act is replaced by the following:

Public accessibility of plan

(2) The railway company shall make the plan accessible to the public by publishing it on its Internet site or the Internet site of an association or other entity representing railway companies.

(2) Section 141 of the Act is amended by adding the following after subsection (2.1):

Information to provide to Minister

(2.2) The railway company shall, within 60 days after indicating in the plan its intention to discontinue operating a railway line, provide to the Minister

- (a)** an assessment of whether or not section 96 applies to the land on which the railway line is located; and
- (b)** a legal description of any land to which the assessment indicates section 96 applies and, in the form specified by the Minister, geographical information that would allow for mapping of the land.

Discontinuance already indicated in plan

(2.3) If a railway company has, on the day on which subsection (2.2) comes into force, a plan indicating its intention to discontinue operating a railway line, but the company has not yet made an advertisement under section 143 in respect of that line, it shall provide to the Minister the information referred to in that subsection before making the advertisement.

(3) Section 141 of the Act is amended by adding the following after subsection (3):

Declaration

(3.1) The railway company shall provide a written declaration to the person to whom the railway line or the operating interest is being sold, leased or otherwise transferred, stating that the sale, lease or transfer is in compliance with section 96. It shall also send a copy of the declaration to the Minister.

Plaintes

137.1 Saisi d'une plainte, l'Office peut, s'il constate qu'une compagnie de chemin de fer ne se conforme pas au paragraphe 137(1), ordonner à celle-ci de prendre les mesures qu'il estime indiquées pour qu'elle se conforme à ce paragraphe.

32 (1) Le paragraphe 141(2) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Accès au plan

(2) La compagnie rend le plan accessible au public en le publiant sur son site Internet ou sur celui d'une association ou autre entité représentant les compagnies de chemin de fer.

(2) L'article 141 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (2.1), de ce qui suit :

Éléments à fournir au ministre

(2.2) Dans les soixante jours après avoir indiqué dans son plan qu'elle entend cesser l'exploitation d'une ligne de chemin de fer, la compagnie fournit au ministre les éléments suivants :

- a)** un rapport portant sur la question de savoir si l'article 96 s'applique ou non aux terres sur lesquelles la ligne de chemin de fer est située;
- b)** la description officielle des terres auxquelles, selon le rapport, cet article s'applique ainsi que des informations géographiques, en la forme que le ministre précise, permettant de les cartographier.

Cessation déjà mentionnée au plan

(2.3) La compagnie de chemin de fer dont le plan indique, à la date d'entrée en vigueur du paragraphe (2.2), qu'elle entend cesser l'exploitation d'une ligne de chemin de fer à l'égard de laquelle l'annonce prévue à l'article 143 n'a pas encore été faite, fournit au ministre les éléments visés au paragraphe (2.2) avant de faire cette annonce.

(3) L'article 141 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (3), de ce qui suit :

Attestation

(3.1) La compagnie de chemin de fer fournit à la personne à qui elle transfère ses droits de propriété ou d'exploitation sur la ligne une attestation écrite portant que le transfert est conforme à l'article 96. Elle envoie copie de l'attestation au ministre.

2000, c. 16, s. 6

33 (1) Subsection 142(1) of the Act is replaced by the following:

Compliance with steps for discontinuance

142 (1) A railway company shall comply with the steps described in this Division before discontinuing operating a railway line. The railway company shall publish and keep up to date on its Internet site or the Internet site of an association or other entity representing railway companies a report that sets out the date that it commenced and completed each step.

(2) Section 142 of the Act is amended by adding the following after subsection (2):

Exception

(2.1) Subsection (2) does not apply to a railway company that is the subject of proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* or the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

2007, c. 19, s. 36

34 Subsection 143(3) of the Act is replaced by the following:

Disclosure – advertisement

(3) The advertisement shall also disclose

- (a)** the existence of any agreement between the railway company and a public passenger service provider in respect of the operation of a passenger rail service on the railway line; and
- (b)** an indication as to whether or not section 96 applies to the land on which that railway line is located.

35 Section 144 of the Act is amended by adding the following after subsection (5):

Declaration

(5.1) If an agreement is reached, including an agreement entered into in accordance with an order by the Agency, the railway company shall provide a written declaration to the person to whom the railway line or the operating interest is being sold, leased or otherwise transferred, stating that the sale, lease or transfer is in compliance with section 96. It shall also send a copy of the declaration to the Minister.

36 (1) Section 145 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

2000, ch. 16, art. 6

33 (1) Le paragraphe 142(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Étapes à suivre

142 (1) La compagnie de chemin de fer qui entend cesser d'exploiter une ligne suit les étapes prescrites par la présente section. Elle publie et tient à jour sur son site Internet ou sur celui d'une association ou autre entité représentant les compagnies de chemin de fer un rapport indiquant la date où elle a commencé et celle où elle a franchi chacune des étapes prescrites par la présente section.

(2) L'article 142 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (2), de ce qui suit :

Exception

(2.1) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à la compagnie de chemin de fer qui fait l'objet d'une procédure prévue par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* ou la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

2007, ch. 19, art. 36

34 Le paragraphe 143(3) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Mentions dans l'annonce

(3) L'annonce mentionne aussi :

- a)** toute entente conclue entre la compagnie et une société de transport publique sur l'exploitation d'un service passagers sur une ligne de la compagnie;
- b)** soit que l'article 96 s'applique aux terres sur lesquelles la ligne est située soit qu'il ne s'applique pas à celles-ci.

35 L'article 144 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (5), de ce qui suit :

Attestation

(5.1) Si une entente est conclue, y compris une entente conclue en application d'un arrêté de l'Office, la compagnie de chemin de fer fournit à la personne à qui elle transfère ses droits de propriété ou d'exploitation sur la ligne une attestation écrite portant que le transfert est conforme à l'article 96. Elle envoie copie de l'attestation au ministre.

36 (1) L'article 145 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Disclosure – offer

(1.1) The offer shall disclose whether or not section 96 applies to the land on which that railway line is located, and if the information described in paragraphs 141(2.2)(a) and (b) has not yet been provided to the Minister, the railway company shall provide it to the Minister with the offer.

(2) Paragraph 145(3)(a) of the Act is replaced by the following:

(a) by the Minister, the Government of Canada may accept it within 60 days or, if the Minister has extended the period under subsection (3.1), within that period;

(3) Section 145 of the Act is amended by adding the following after subsection (3):

Extension

(3.1) If the Minister considers it appropriate to do so, the Minister may extend the period referred to in paragraph (3)(a) by 120 days. The Minister may further extend the period, but the total of those further extensions may not exceed 365 days. Each time the Minister extends the period, the Minister shall provide a notice to the railway company and the railway company shall notify the other governments and urban transit authorities.

Service obligations

(3.2) If the Minister extends the period referred to in paragraph (3)(a), the railway company has no service obligations in respect of the operation of the railway line commencing on the expiry of 150 days after the offer was received by the Minister and ending on the expiry of 280 days after the expiry of the extended period referred to in that paragraph. The railway company shall not remove any of the infrastructure associated with the line during the period for which it has no service obligations.

(4) Section 145 of the Act is amended by adding the following after subsection (4):

Declaration

(4.1) The railway company shall, at the time of a transfer to a government or an urban transit authority, provide a written declaration to the government or urban transit authority stating that the transfer is in compliance with section 96. It shall also send a copy of the declaration to the Minister.

37 Section 146 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

Communication

(1.1) L'offre mentionne soit que l'article 96 s'applique aux terres sur lesquelles la ligne est située soit qu'il ne s'applique pas à celles-ci. Si elle ne l'a pas encore fait, la compagnie fournit au ministre, avec l'offre, les éléments visés aux alinéas 141(2.2)a) et b).

(2) L'alinéa 145(3)a) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

a) soixante jours ou le délai prolongé en application du paragraphe (3.1) pour le gouvernement fédéral;

(3) L'article 145 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (3), de ce qui suit :

Prolongations

(3.1) S'il l'estime indiqué, le ministre peut prolonger de cent vingt jours le délai prévu à l'alinéa (3)a). Il peut aussi prolonger ce délai de nouveau, mais la somme des prolongations supplémentaires ne peut excéder trois cent soixante-cinq jours. Il avise la compagnie de chacune des prolongations et celle-ci en avise les autres destinataires de l'offre.

Suspension des obligations de la compagnie

(3.2) Si le ministre prolonge le délai prévu à l'alinéa (3)a), les obligations prévues par les articles 113 et 114 qui incombent à la compagnie de chemin de fer relativement à l'exploitation de la ligne sont suspendues pour la période commençant à l'expiration des cent cinquante jours suivant la réception de l'offre par le ministre et se terminant à l'expiration des deux cent quatre-vingts jours suivant l'expiration du délai prolongé par le ministre. Il est toutefois interdit à la compagnie de chemin de fer de retirer, durant cette période, toute partie de l'infrastructure se rapportant à la ligne.

(4) L'article 145 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (4), de ce qui suit :

Attestation

(4.1) Lors du transfert de la ligne, la compagnie fournit au destinataire de l'offre qui a accepté celle-ci une attestation écrite portant que le transfert est conforme à l'article 96. Elle envoie copie de l'attestation au ministre.

37 L'article 146 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Documents to accompany notice of discontinuance

(1.1) The notice of discontinuance shall be accompanied by a copy of the advertisement referred to in section 143 and the offers to the governments and transit authorities referred to in subsection 145(1).

38 The Act is amended by adding the following after section 146.5:

Complaints

146.6 If, after receiving a complaint, the Agency finds that a railway company is not complying with this Division, the Agency may order it to take any measures that the Agency considers appropriate to comply with this Division.

2011, c. 25, s. 60

39 (1) The definition *government hopper car* in section 147 of the Act is repealed.

(2) The definitions *movement* and *port in British Columbia* in section 147 of the Act are replaced by the following:

movement, in respect of grain, means the carriage of grain by a prescribed railway company over a railway line from a point on any line west of Thunder Bay or Armstrong, Ontario, to

- (a) Thunder Bay or Armstrong, Ontario,
- (b) Churchill, Manitoba for export,
- (c) a port in British Columbia for export, other than export to the United States for consumption in that country, or
- (d) a point west of Thunder Bay or Armstrong, Ontario, if the grain is to be carried to a port in British Columbia for export, other than export to the United States for consumption in that country; (*mouvement du grain*)

port in British Columbia includes Vancouver, North Vancouver, New Westminster, Roberts Bank, Prince Rupert, Ridley Island, Burnaby, Fraser Mills, Fraser Surrey, Fraser Wharves, Lake City, Lulu Island Junction, Port Coquitlam, Port Moody, Steveston, Tilbury and Woodwards Landing; (*port de la Colombie-Britannique*)

2000, c. 16, s. 10

40 (1) Paragraph 150(3)(a) of the French version of the Act is replaced by the following:

Documents à joindre à l'avis

(1.1) L'avis est accompagné d'une copie de l'annonce exigée au titre de l'article 143 et des offres faites, en application du paragraphe 145(1), aux gouvernements, administrations de transport de banlieue et administrations municipales.

38 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 146.5, de ce qui suit :

Plaintes

146.6 Saisi d'une plainte, l'Office peut, s'il constate qu'une compagnie de chemin de fer ne se conforme pas à la présente section, ordonner à celle-ci de prendre les mesures qu'il estime indiquées pour qu'elle s'y conforme.

2011, ch. 25, art. 60

39 (1) La définition de *wagon-trémie du gouvernement*, à l'article 147 de la même loi, est abrogée.

(2) Les définitions de *mouvement du grain et port de la Colombie-Britannique*, à l'article 147 de la même loi, sont respectivement remplacées par ce qui suit :

mouvement du grain Transport du grain par une compagnie de chemin de fer régie sur toute ligne soit dans le sens ouest-est à destination de Thunder Bay ou d'Armstrong (Ontario), soit au départ de tout point situé à l'ouest de Thunder Bay ou d'Armstrong et à destination de Churchill (Manitoba) pour exportation, d'un port de la Colombie-Britannique pour exportation ou, si le grain est par la suite transporté jusqu'à un port de la Colombie-Britannique pour exportation, de tout autre point situé à l'ouest de Thunder Bay ou d'Armstrong. La présente définition ne s'applique pas au grain exporté d'un port de la Colombie-Britannique aux États-Unis pour consommation. (*mouvement*)

port de la Colombie-Britannique Vise notamment Vancouver, North Vancouver, New Westminster, Roberts Bank, Prince Rupert, Ridley Island, Burnaby, Fraser Mills, Fraser Surrey, Fraser Wharves, Lake City, Lulu Island Junction, Port Coquitlam, Port Moody, Steveston, Tilbury et Woodwards Landing. (*port in British Columbia*)

2000, ch. 16, art. 10

40 (1) L'alinéa 150(3)a de la version française de la même loi est remplacé par ce qui suit :

a) les primes, rabais ou réductions semblables versés ou accordés par la compagnie;

(2) Subsection 150(3) of the Act is amended by striking out “or” at the end of paragraph (b) and by adding the following after paragraph (c):

(d) any amount that is earned by the company at the interswitching rate determined in accordance with section 127.1; or

(e) any amount that is earned by the company for the movement of grain in containers on flat cars.

2000, c. 16, s. 10

41 (1) The description of F in subsection 151(1) of the Act is replaced by the following:

F is the volume-related composite price index that applies to the company, as determined by the Agency.

2000, c. 16, s. 10; 2007, c. 19, s. 43(1)

(2) Subsections 151(4) and (5) of the Act are replaced by the following:

Volume-related composite price index

(4) The following rules are applicable to a volume-related composite price index:

(a) in the crop year 2016-2017, each prescribed railway company's index is 1.3275;

(b) an index shall be determined in respect of each prescribed railway company; and

(c) the Agency shall make adjustments to each prescribed railway company's index to reflect the costs incurred by the prescribed railway company to obtain hopper cars for the movement of grain and the costs incurred by the prescribed railway company for the maintenance of those hopper cars.

When Agency to make determination

(5) The Agency shall make the determination of a prescribed railway company's maximum revenue entitlement for the movement of grain in a crop year under subsection (1) on or before December 31 of the following crop year and shall make the determination of a prescribed railway company's volume-related composite price index on or before April 30 of the previous crop year.

42 The Act is amended by adding the following after section 151:

a) les primes, rabais ou réductions semblables versés ou accordés par la compagnie;

(2) Le paragraphe 150(3) de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa c), de ce qui suit :

d) les revenus perçus pour l'interconnexion du trafic dont le prix est fixé en application de l'article 127.1;

e) les revenus tirés du mouvement du grain par conteneurs sur wagons plats.

2000, ch. 16, art. 10

41 (1) L'élément F de la formule figurant au paragraphe 151(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

F l'indice des prix composite afférent au volume applicable à la compagnie, tel qu'il est déterminé par l'Office.

2000, ch. 16, art. 10; 2007, ch. 19, par 43(1)

(2) Les paragraphes 151(4) et (5) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Indice des prix composite afférent au volume

(4) Les règles ci-après s'appliquent à l'indice des prix composite afférent au volume :

a) l'indice pour chaque compagnie de chemin de fer régie pour la campagne agricole 2016-2017 est égal à 1,3275;

b) l'indice est déterminé pour chaque compagnie de chemin de fer régie;

c) l'Office ajuste l'indice déterminé pour chaque compagnie de chemin de fer régie afin de tenir compte des coûts supportés par la compagnie en cause pour l'obtention de wagons-trémies en vue du mouvement du grain et pour l'entretien des wagons obtenus.

Délai pour effectuer le calcul

(5) L'Office calcule le montant du revenu admissible maximal pour le mouvement du grain de chaque compagnie de chemin de fer régie au cours d'une campagne agricole au plus tard le 31 décembre de la campagne suivante et calcule, pour chaque compagnie de chemin de fer régie, l'indice des prix composite afférent au volume pour cette campagne au plus tard le 30 avril de la campagne précédente.

42 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 151, de ce qui suit :

Report to Minister

151.01 (1) Before the beginning of every crop year, a prescribed railway company shall provide to the Minister a report, in the form and manner that may be specified by the Minister, that

- (a) assesses the prescribed railway company's ability to move the grain that it is required to move during the crop year taking into account the total volume of grain expected to be moved for the crop year; and
- (b) identifies the steps that the prescribed railway company is taking to enable it to move the grain that it is required to move during the crop year.

Report — winter contingency plans

(2) Before October 1 of every year, a prescribed railway company shall provide to the Minister a report, in the form and manner that may be specified by the Minister, that describes the railway company's contingency plans to enable it to move the grain along with other traffic when faced with winter weather conditions.

Publication

(3) The prescribed railway company shall publish the reports referred to in subsections (1) and (2) on its Internet site at the same time that they are provided to the Minister.

2015, c. 31, s. 10

43 Section 155.8 of the Act is replaced by the following:

Interest on unpaid amounts

155.8 (1) If any portion of a levy is not paid by a railway company as required by subsection 155.7(1), the company shall pay to the Receiver General interest on that portion — calculated and compounded monthly at the rate of interest determined under the regulations made under section 155.1 of the *Financial Administration Act* — beginning on the day on which the payment was required to be made and ending on the day before the day on which the payment is received by the Receiver General.

Partial payment

(2) If a partial payment is made, the period for which interest is payable in respect of the amount paid ends on the day before the day on which the partial payment is received by the Receiver General.

2015, c. 31, s. 10

44 Paragraph 155.97(f) of the Act is repealed.

Rapport au ministre

151.01 (1) Avant le début de chaque campagne agricole, la compagnie de chemin de fer régie fournit au ministre, en la forme et selon les modalités que celui-ci peut préciser, un rapport comportant :

- a) d'une part, une évaluation de sa capacité à effectuer le mouvement du grain qu'elle devra effectuer pour la campagne agricole, compte tenu des prévisions portant sur le volume total du grain à transporter pour cette campagne;
- b) d'autre part, les mesures qu'elle prend pour lui permettre d'effectuer le mouvement du grain qu'elle devra effectuer pour la campagne agricole.

Rapport au ministre — conditions hivernales

(2) Avant le 1^{er} octobre de chaque année, la compagnie de chemin de fer régie fournit au ministre, en la forme et selon les modalités que celui-ci peut préciser, un rapport comportant les plans qu'elle a établis pour lui permettre d'effectuer le mouvement du grain et le transport d'autres marchandises malgré les conditions météorologiques hivernales.

Publication

(3) Dès que la compagnie de chemin de fer régie fournit au ministre un rapport en application des paragraphes (1) ou (2), elle le publie sur son site Internet.

2015, ch. 31, art. 10

43 L'article 155.8 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Intérêts sur les sommes non versées

155.8 (1) La compagnie de chemin de fer verse au receveur général sur le solde de la contribution qu'elle est tenue de verser selon les modalités prévues au paragraphe 155.7(1), des intérêts composés calculés mensuellement, au taux fixé conformément aux règlements pris en vertu de l'article 155.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, à compter du jour où le versement au receveur général est devenu exigible jusqu'à la veille de la date de réception, par celui-ci, du versement.

Paiement partiel

(2) En cas de versement partiel, la période de calcul des intérêts sur le montant payé se termine la veille de la date de réception de celui-ci par le receveur général.

2015, ch. 31, art. 10

44 L'alinéa 155.97f) de la même loi est abrogé.

45 Section 157 of the Act is amended by adding the following after subsection (4):

Costing information

(5) No later than August 31 of every year, the Canadian National Railway Company and the Canadian Pacific Railway Company shall provide to the Agency, in the form and manner specified by the Agency, all unit costs, output units and other financial, statistical and supporting information for the preceding calendar year that is required for the determination of costs by the Agency under this Part.

46 Subsection 161(2) of the Act is amended by adding the following after paragraph (a):

(b) the period requested by the shipper, not exceeding two years, for which the decision of the arbitrator is to apply;

2000, c. 16, s. 15

47 The portion of section 164.1 of the Act before paragraph (a) is replaced by the following:

Summary process

164.1 If the Agency determines that a shipper's final offer submitted under subsection 161.1(1) involves freight charges in an amount of not more than \$2,000,000, adjusted in accordance with section 164.2, and the shipper did not indicate a contrary intention when submitting the offer, sections 163 and 164 do not apply and the arbitration shall proceed as follows:

48 The Act is amended by adding the following after section 164.1:

Triennial adjustment

164.2 (1) The maximum amount of freight charges for the purpose of section 164.1 shall be adjusted every three years, on April 1, in accordance with the formula

$$[A/B] \times C$$

where

- A** is the Consumer Price Index for the calendar year before the year in which the adjustment is made;
- B** is the Consumer Price Index for 2017; and
- C** is \$2,000,000.

45 L'article 157 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (4), de ce qui suit :

Renseignements sur les coûts

(5) Au plus tard le 31 août de chaque année, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et la Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique fournissent à l'Office, en la forme et selon les modalités précisées par celui-ci, les données financières ou statistiques — notamment les données relatives aux frais unitaires et aux unités de production — et les renseignements à l'appui pour l'année civile qui précède dont il a besoin pour effectuer le calcul des frais sous le régime de la présente partie.

46 Le paragraphe 161(2) de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa a), de ce qui suit :

b) la mention de la période d'au plus deux ans durant laquelle l'expéditeur souhaite que la décision de l'arbitre s'applique;

2000, ch. 16, art. 15

47 Le passage de l'article 164.1 de la même loi précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

Procédure sommaire

164.1 Si l'Office établit que la valeur des frais de transport de marchandises visés par la dernière offre d'un expéditeur présentée conformément au paragraphe 161.1(1) est d'au plus 2 000 000 \$, ce montant maximal étant rajusté conformément à l'article 164.2, les articles 163 et 164 ne s'appliquent pas et l'affaire soumise à l'arbitrage est entendue selon la procédure sommaire ci-après, sauf si l'expéditeur a indiqué à l'Office son intention contraire lors de la présentation de l'offre :

48 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 164.1, de ce qui suit :

Rajustement triennal

164.2 (1) Le montant maximal prévu à l'article 164.1 est rajusté tous les trois ans, le 1^{er} avril, de façon à correspondre au résultat obtenu par la formule suivante :

$$[A/B] \times C$$

où :

- A** représente l'indice des prix à la consommation pour l'année civile qui précède celle où le rajustement est effectué;
- B** l'indice des prix à la consommation pour l'année 2017;
- C** 2 000 000 \$.

Consumer Price Index

(2) For the purposes of subsection (1),

(a) a reference to the Consumer Price Index for any 12-month period means the average of the Consumer Price Index for Canada, as published by Statistics Canada under the authority of the *Statistics Act*, for each month in that 12-month period;

(b) if at any time the Consumer Price Index for Canada is adjusted to reflect a new time basis, a corresponding adjustment is to be made in the Consumer Price Index for any 12-month period that is used for the purpose of calculating the maximum amount under subsection (1); and

(c) if at any time the Consumer Price Index for Canada is adjusted to reflect a new content basis, that adjustment does not affect the operation of this section.

Maximum amount to be published

(3) The Agency shall adjust the maximum amount in accordance with subsection (1) and cause it to be published in the *Canada Gazette* no later than March 31 before the commencement of the three-year period for which the maximum amount applies, and that published amount is conclusive proof of the maximum amount for that three-year period.

49 Paragraph 165(2)(c) of the Act is replaced by the following:

(c) be rendered so as to apply for the period that is agreed to by the parties or, if no period has been agreed to by the parties, for the period, not exceeding two years, that the shipper requested in its submission.

50 (1) Subsection 169.31(1) of the Act is amended by adding the following after paragraph (c):

(c.1) any amount to be paid by the company or the shipper in relation to a failure to comply with any operational term described in paragraphs (a) to (c);

(2) Subsection 169.31(1) of the Act is amended by striking out “or” at the end of paragraph (d), by adding “or” at the end of paragraph (e) and by adding the following after paragraph (e):

(f) the dispute resolution process related to the implementation of the arbitrator’s decision.

Indice des prix à la consommation

(2) Pour l’application du paragraphe (1), les règles ci-après s’appliquent :

a) toute mention de l’indice des prix à la consommation s’entend, pour une période de douze mois, de la moyenne des indices des prix à la consommation pour le Canada pour chaque mois de cette période, publiés par Statistique Canada sous le régime de la *Loi sur la statistique*;

b) dans les cas où l’indice des prix à la consommation pour le Canada est rajusté pour refléter une nouvelle base de temps, un rajustement correspondant est fait à l’indice des prix à la consommation à l’égard de toute période de douze mois servant au calcul du montant maximal en application du paragraphe (1);

c) un rajustement de l’indice des prix à la consommation pour le Canada pour refléter une nouvelle base quant au contenu n’a aucun effet sur l’application du présent article.

Publication du montant maximal rajusté

(3) Il incombe à l’Office de calculer le montant maximal rajusté conformément au paragraphe (1) et de le faire publier dans la *Gazette du Canada* au plus tard le 31 mars précédant le début de la période triennale durant laquelle le montant maximal rajusté s’appliquera; le montant ainsi publié fait foi du montant maximal pour cette période de trois ans.

49 L’alinéa 165(2)c) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

c) de manière à être applicable pendant la période convenue entre les parties ou, à défaut de période convenue, pendant la période d’au plus deux ans que l’expéditeur a demandée dans la demande d’arbitrage.

50 (1) Le paragraphe 169.31(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa c), de ce qui suit :

c.1) les sommes à payer en cas de non-respect, par la compagnie ou l’expéditeur, des conditions d’exploitation visées aux alinéas a) à c);

(2) Le paragraphe 169.31(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa e), de ce qui suit :

f) le processus de règlement des différends lié à la mise en œuvre de la décision de l’arbitre.

2013, c. 31, s. 11

(3) Paragraph 169.31(3)(c) of the Act is replaced by the following:

(c) a long-haul interswitching order made under subsection 134(1); or

2013, c. 31, s. 11

(4) Subsection 169.31(4) of the Act is replaced by the following:

Clarification

(4) For greater certainty, a rate for the movement of the traffic is not to be subject to arbitration.

51 (1) Subsection 169.34(1) of the Act is amended by adding the following after paragraph (a):

(a.1) any term with respect to an amount described in paragraph 169.31(1)(c.1), if the matter in respect of the amount has been submitted by the shipper for arbitration;

(2) Subsection 169.34(1) of the Act is amended by striking out “or” at the end of paragraph (b), by adding “or” at the end of paragraph (c) and by adding the following after paragraph (c):

(d) any term with respect to the dispute resolution process described in paragraph 169.31(1)(f).

2013, c. 31, s. 11

52 Section 169.37 of the Act is replaced by the following:

Arbitrator’s decision

169.37 (1) The arbitrator’s decision must establish the following terms, or any combination of the following terms, that the arbitrator considers necessary to resolve the matters that are referred to him or her for arbitration:

(a) any operational term described in paragraph 169.31(1)(a), (b) or (c);

(b) any term with respect to an amount described in paragraph 169.31(1)(c.1) if the matter in respect of the amount has been submitted by the shipper for arbitration;

(c) any term for the provision of a service described in paragraph 169.31(1)(d);

(d) any term with respect to the application of a charge described in paragraph 169.31(1)(e); or

2013, ch. 31, art. 11

(3) L’alinéa 169.31(3)c) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

c) d’un arrêté d’interconnexion de longue distance pris en vertu du paragraphe 134(1);

2013, ch. 31, art. 11

(4) Le paragraphe 169.31(4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Précision

(4) Il est entendu que l’arbitrage ne peut porter sur les prix relatifs au transport.

51 (1) Le paragraphe 169.34(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa a), de ce qui suit :

a.1) si l’expéditeur a soumis la question à l’arbitrage, les modalités concernant les sommes visées à l’alinéa 169.31(1)c.1);

(2) Le paragraphe 169.34(1) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa c), de ce qui suit :

d) les modalités du processus de règlement des différends visé à l’alinéa 169.31(1)f).

2013, ch. 31, art. 11

52 L’article 169.37 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Décision de l’arbitre

169.37 (1) Dans sa décision, l’arbitre prend les mesures ci-après ou n’importe lesquelles d’entre elles selon ce qu’il estime nécessaire pour régler les questions qui lui sont renvoyées :

a) établir les conditions d’exploitation visées aux alinéas 169.31(1)a), b) ou c);

b) si l’expéditeur a soumis à l’arbitrage la question des sommes visées à l’alinéa 169.31(1)c.1), établir les modalités concernant ces sommes;

c) établir les modalités de fourniture des services visés à l’alinéa 169.31(1)d);

d) établir les modalités concernant l’imposition des frais visés à l’alinéa 169.31(1)e);

(e) any term with respect to the dispute resolution process described in paragraph 169.31(1)(f).

Elements to consider

(2) In making the decision, the arbitrator must have regard to the following:

- (a) the traffic to which the service obligations relate;
- (b) the service that the shipper requires with respect to the traffic;
- (c) any undertaking described in paragraph 169.32(1)(c) that is contained in the shipper's submission;
- (d) the railway company's obligations under this Act in respect of the operation of the railway;
- (e) the railway company's obligations, if any, with respect to a public passenger service provider;
- (f) the railway company's and the shipper's operational requirements and restrictions;
- (g) the question of whether there is available to the shipper an alternative, effective, adequate and competitive means of transporting the goods to which the service obligations relate; and
- (h) any information that the arbitrator considers relevant.

Efficiency

(3) The arbitrator shall establish a term with respect to an amount described in paragraph 169.31(1)(c.1) in a manner that encourages the efficient movement of the shipper's traffic and the performance of the railway system and that is balanced between the shipper and the railway company.

2013, c. 31, s. 12

53 (1) Subsection 177(1.1) of the Act is repealed.

2007, c. 19, s. 49(3)

(2) Paragraph 177(2)(a) of the Act is replaced by the following:

- (a) designate as a provision or requirement the contravention of which may be proceeded with as a violation in accordance with sections 179 and 180 any provision of section 51 or 51.2 or any provision of any regulation made under section 50 or 51, or any requirement of section 51 or 51.2 or those regulations; and

e) établir les modalités du processus de règlement des différends visé à l'alinéa 169.31(1)f.

Éléments à prendre en compte

(2) Pour rendre sa décision, l'arbitre tient compte :

- a) du transport en cause;
- b) des services dont l'expéditeur a besoin pour le transport en cause;
- c) de tout engagement visé à l'alinéa 169.32(1)c) qui est contenu dans la demande d'arbitrage;
- d) des obligations de la compagnie de chemin de fer au titre de la présente loi relativement à l'exploitation du chemin de fer;
- e) des obligations que peut avoir la compagnie de chemin de fer envers une société de transport publique;
- f) des besoins et des contraintes de l'expéditeur et de la compagnie de chemin de fer en matière d'exploitation;
- g) de la possibilité pour l'expéditeur de faire appel à un autre mode de transport efficace, bien adapté et concurrentiel des marchandises en cause;
- h) de tout renseignement qu'il estime pertinent.

Efficacité

(3) L'arbitre établit les modalités concernant les sommes visées à l'alinéa 169.31(1)c.1) de façon à encourager l'efficacité du transport des marchandises de l'expéditeur et l'amélioration du rendement du système de chemin de fer et de façon à ce que ces modalités soient équitables tant pour l'expéditeur que pour la compagnie de chemin de fer.

2013, ch. 31, art. 12

53 (1) Le paragraphe 177(1.1) de la même loi est abrogé.

2007, ch. 19, par. 49(3)

(2) L'alinéa 177(2)a) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

- a) désigner comme texte dont la contravention est assujettie aux articles 179 et 180 toute disposition des articles 51 ou 51.2 ou toute disposition des règlements pris en vertu des articles 50 ou 51, ou toute obligation imposée par les articles 51 ou 51.2 ou ces règlements;

(3) Section 177 of the Act is amended by adding the following after subsection (2):

Regulations made under subsection 50(1.01)

(2.01) The contravention of any provision of a regulation made under subsection 50(1.01) may be proceeded with as a violation in accordance with sections 179 and 180. The maximum amount payable for each violation is \$25,000.

2015, c. 31, s. 12

54 The portion of subsection 178(1) of the Act before paragraph (a) is replaced by the following:

Notices of violation

178 (1) The Agency, in respect of a violation referred to in subsection 177(1) or (2.1), or the Minister, in respect of a violation referred to in subsection 177(2), (2.01), (2.2) or (3), may

2007, c. 19, s. 52

55 Paragraph 180(a) of the Act is replaced by the following:

(a) the penalty for the violation that the person is liable to pay; and

2007, c. 19, s. 52

56 Paragraph 180.5(b) of the Act is replaced by the following:

(b) the person has contravened the designated provision that the person is alleged to have contravened, the member of the Tribunal shall without delay inform the person and the Minister of the determination and of the amount determined by the member of the Tribunal to be payable by the person in respect of the contravention and, if the amount is not paid to the Tribunal by or on behalf of the person within the time that the member of the Tribunal may allow, the member of the Tribunal shall issue to the Minister a certificate in the form that may be established by the Governor in Council, setting out the amount required to be paid by the person.

(3) L'article 177 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (2), de ce qui suit :

Règlements pris en vertu du paragraphe 50(1.01)

(2.01) Toute contravention aux règlements pris en vertu du paragraphe 50(1.01) constitue une violation au titre des articles 179 et 180. Le montant maximal de la sanction applicable à chaque contravention est de 25 000 \$.

2015, ch. 31, art. 12

54 Le paragraphe 178(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Procès-verbaux

178 (1) L'Office, à l'égard d'une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(1) ou (2.1), ou le ministre, à l'égard d'une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(2), (2.01), (2.2) ou (3), peut désigner, individuellement ou par catégorie, les agents verbalisateurs et déterminer la forme et la teneur des procès-verbaux de violation.

2007, ch. 19, art. 52

55 L'article 180 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Verbalisation

180 L'agent verbalisateur qui croit qu'une violation a été commise peut dresser un procès-verbal qu'il signifie au contrevenant. Le procès-verbal comporte, outre le nom du contrevenant et les faits reprochés, le montant de la sanction à payer, ainsi que le délai et les modalités de paiement.

2007, ch. 19, art. 52

56 L'alinéa 180.5b) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

b) qu'il y a eu contravention, il les informe également de la somme qu'il fixe et qui doit être payée au Tribunal. En outre, à défaut de paiement dans le délai imparti, il expédie au ministre un certificat, établi en la forme que le gouverneur en conseil peut déterminer, sur lequel est inscrite la somme.

2007, c. 19, s. 52

57 Subsection 180.6(4) of the Act is replaced by the following:

Certificate

(4) If the appeal panel finds that a person has contravened the designated provision, the panel shall without delay inform the person of the finding and of the amount determined by the panel to be payable by the person in respect of the contravention and, if the amount is not paid to the Tribunal by or on behalf of the person within the time allowed by the Tribunal, the Tribunal shall issue to the Minister a certificate in the form that may be established by the Governor in Council, setting out the amount required to be paid by the person.

2013, c. 31, s. 14; 2015, c. 31, s. 13

58 Section 180.8 of the Act is replaced by the following:

References to “Minister”

180.8 (1) In the case of a violation referred to in subsection 177(1), every reference to the “Minister” in sections 180.3 to 180.7 shall be read as a reference to the Agency or to a person designated by the Agency.

Delegation by Minister

(2) In the case of a violation referred to in subsection 177(2), (2.01), (2.2) or (3), the Minister may delegate to the Agency any power, duty or function conferred on him or her under this Part.

Replacement of “paragraph 128(1)(b)”

59 The French version of the Act is amended by replacing “l’alinéa 128(1)(b)” with “l’article 127.1” in the following provisions:

- (a) subsection 113(2.1);**
- (b) subsections 155.7(1) and (2); and**
- (c) paragraph 155.84(1)(c).**

59.1 (1) Schedule II to the Act is amended by replacing “Bean (except soybean) derivatives (flour, protein, isolates, fibre)” with “Bean (including soybean) derivatives (flour, protein, isolates, fibre)”.

(2) Schedule II to the Act is amended by replacing “Beans (except soybeans), including faba beans, splits and screenings” with “Beans, including soybeans, faba beans, splits and screenings”.

2007, ch. 19, art. 52

57 Le paragraphe 180.6(4) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Avis

(4) S’il statue qu’il y a eu contravention, le comité en informe sans délai l’intéressé. Il l’informe également de la somme qu’il fixe et qui doit être payée au Tribunal. En outre, à défaut de paiement dans le délai imparti, il expédie au ministre un certificat, établi en la forme que le gouverneur en conseil peut déterminer, sur lequel est inscrite la somme.

2013, ch. 31, art. 14; 2015, ch. 31, art. 13

58 L’article 180.8 de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Mention du ministre

180.8 (1) S’il s’agit d’une contravention à un texte désigné au titre du paragraphe 177(1), la mention du ministre aux articles 180.3 à 180.7 vaut mention de l’Office ou de la personne que l’Office peut désigner.

Délégation ministérielle

(2) S’il s’agit d’une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(2), (2.01), (2.2) ou (3), le ministre peut déléguer à l’Office les attributions que lui confère la présente partie.

Remplacement de « l’alinéa 128(1)(b) »

59 Dans les passages ci-après de la version française de la même loi, « l’alinéa 128(1)(b) » est remplacé par « l’article 127.1 » :

- a) le paragraphe 113(2.1);**
- b) les paragraphes 155.7(1) et (2);**
- c) l’alinéa 155.84(1)(c).**

59.1 (1) Dans l’annexe II de la même loi, « Dérivés de la fève (à l’exclusion de soja) (farine, protéines, isolats, fibres) » est remplacé par « Dérivés de la fève, y compris le soya (farine, protéines, isolats, fibres) ».

(2) Dans l’annexe II de la même loi, « Fèves (à l’exclusion du soja), marais, les fèves cassées et les criblures » est remplacé par « Fèves, y compris le soya, marais, les fèves cassées et les criblures ».

(3) Schedule II to the Act is amended by adding, in alphabetical order, “Meal, soybean”, “Meal, oil cake, soybean”, “Oil, soybean” and “Oil cake, soybean”.

1995, c. 24

CN Commercialization Act

60 Paragraph 8(1)(a) of the *CN Commercialization Act* is replaced by the following:

(a) provisions imposing constraints on the issue, transfer and ownership, including joint ownership, of voting shares of CN to prevent any one person, together with the associates of that person, from holding, beneficially owning or controlling, directly or indirectly, otherwise than by way of security only, in the aggregate, voting shares to which are attached more than 25% of the votes that may ordinarily be cast to elect directors of CN;

Amendment of articles

60.1 (1) Despite sections 173 to 176 of the *Canada Business Corporations Act*, CN’s directors may amend its articles in accordance with the amendment set out in section 60.

Articles of amendment sent to Director

(2) When the directors amend the articles under subsection (1), they shall send the articles of amendment to the Director in accordance with section 177 of the *Canada Business Corporations Act*.

Definitions

(3) The following definitions apply in this section.

***CN* has the same meaning as in subsection 2(1) of the *CN Commercialization Act*. (*CN*)**

***Director* has the same meaning as in subsection 2(1) of the *Canada Business Corporations Act*. (*directeur*)**

(3) L’annexe II de la même loi est modifiée par adjonction, selon l’ordre alphabétique, de « Farine de soya », « Farine de tourteau de soya », « Huile de soya » et « Tourteau de soya ».

1995, ch. 24

Loi sur la commercialisation du CN

60 L’alinéa 8(1)a) de la *Loi sur la commercialisation du CN* est remplacé par ce qui suit :

a) des dispositions imposant des restrictions à l’émission, au transfert et à la propriété, ou à la copropriété, d’actions avec droit de vote du CN afin d’empêcher toute personne, de concert avec des personnes avec qui elle est liée, d’être la détentrice ou la véritable propriétaire ou d’avoir le contrôle, directement ou indirectement, autrement qu’à titre de garantie seulement, d’une quantité totale d’actions avec droit de vote conférant plus de vingt-cinq pour cent des droits de vote qui peuvent normalement être exercés pour l’élection des administrateurs du CN;

Modification des statuts

60.1 (1) Malgré les articles 173 à 176 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, les administrateurs du CN peuvent modifier les statuts de celui-ci conformément à la modification prévue dans l’article 60.

Clauses modificatrices des statuts envoyées au directeur

(2) Lorsqu’ils modifient les statuts en vertu du paragraphe (1), les administrateurs envoient les clauses modificatrices des statuts au directeur conformément à l’article 177 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

Définitions

(3) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

***CN* s’entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la commercialisation du CN*. (*CN*)**

***directeur* s’entend au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. (*Directeur*)**

R.S., c. 32 (4th Supp.)

Railway Safety Act

61 The *Railway Safety Act* is amended by adding the following after section 17.3:

Recording instruments

17.31 (1) No railway company that meets the prescribed criteria shall operate railway equipment and no local railway company that meets the prescribed criteria shall operate railway equipment on a railway unless

- (a) the railway equipment is fitted with the prescribed recording instruments; and
- (b) the company, in the prescribed manner and circumstances, records the prescribed information using those instruments, collects the information that it records and preserves the information that it collects.

Use or communication

(2) No company referred to in subsection (1) shall use or communicate the information that it records, collects or preserves under that subsection unless the use or communication is in accordance with the law.

Prevention of recording, collection or preservation

(3) No person shall do anything, including alter the recording instruments referred to in subsection (1), with the intent to prevent information from being recorded, collected or preserved under that subsection.

62 The Act is amended by adding the following after section 17.9:

Recording Instruments

Companies — use of information

17.91 (1) A company may use the information that it records, collects or preserves under subsection 17.31(1) for the purposes of

- (a) conducting analyses under section 13, 47 or 74 of the *Railway Safety Management System Regulations, 2015*; and
- (b) determining the causes and contributing factors of an accident or incident that the company is required

L.R., ch. 32 (4^e suppl.)

Loi sur la sécurité ferroviaire

61 La *Loi sur la sécurité ferroviaire* est modifiée par adjonction, après l'article 17.3, de ce qui suit :

Appareils d'enregistrement

17.31 (1) Il est interdit à toute compagnie de chemin de fer qui satisfait aux critères réglementaires d'exploiter du matériel ferroviaire ou à toute compagnie de chemin de fer locale qui satisfait aux critères réglementaires d'exploiter du matériel ferroviaire sur un chemin de fer, sauf si :

- a) d'une part, le matériel ferroviaire est muni de appareils d'enregistrement réglementaires;
- b) d'autre part, la compagnie, selon les modalités et dans les circonstances réglementaires, enregistre les renseignements réglementaires au moyen de ces appareils, recueille les renseignements enregistrés et conserve les renseignements recueillis.

Utilisation et communication

(2) Il est interdit à toute compagnie visée au paragraphe (1) d'utiliser ou de communiquer les renseignements qu'elle enregistre, recueille ou conserve au titre de ce paragraphe, sauf si l'utilisation ou la communication est effectuée conformément à la loi.

Mesure pour empêcher l'enregistrement, la collecte ou la conservation

(3) Il est interdit à toute personne de prendre une quelconque mesure, notamment altérer les appareils d'enregistrement visés au paragraphe (1), dans l'intention d'empêcher l'enregistrement, la collecte ou la conservation de renseignements au titre de ce paragraphe.

62 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 17.9, de ce qui suit :

Appareils d'enregistrement

Compagnie — utilisation des renseignements

17.91 (1) La compagnie peut utiliser les renseignements qu'elle enregistre, recueille ou conserve au titre du paragraphe 17.31(1) pour :

- a) effectuer des analyses en application des articles 13, 47 ou 74 du *Règlement de 2015 sur le système de gestion de la sécurité ferroviaire*;
- b) déterminer les causes et facteurs d'un accident ou incident à l'égard duquel elle est tenue, sous le régime

to report under the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* to the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board and that the Board does not investigate.

Information randomly selected

(2) The information that the company may use for the purpose referred to in paragraph (1)(a) shall be selected randomly in accordance with the regulations.

Use — threat to safety of railway operations

(3) If a company uses information under subsection (1), it may also use that information to address a prescribed threat to the safety of railway operations.

Personal Information Protection and Electronic Documents Act and provincial legislation

(4) A company that collects, uses or communicates information under this section, section 17.31 or 17.94, subsection 28(1.1) or 36(2) or regulations made under section 17.95 may do so

(a) despite section 5 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, to the extent that that section relates to obligations set out in Schedule 1 to that Act relating to the collection, use, disclosure and retention of information, and despite section 7 of that Act; and

(b) despite any provision of provincial legislation that is substantially similar to Part 1 of the Act referred to in paragraph (a) and that limits the collection, use, communication or preservation of information.

Minister — use of information

17.92 (1) The Minister may use the information that a company records, collects or preserves under subsection 17.31(1) for the purposes of

- (a) developing policies;
- (b) determining the causes and contributing factors of an accident or incident that must be reported under the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* to the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board and that the Board does not investigate; and
- (c) verifying compliance with section 17.31 and regulations made under section 17.95.

de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, de faire rapport au Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports et qui ne fait pas l'objet d'une enquête par ce Bureau.

Renseignements choisis de façon aléatoire

(2) Les renseignements que la compagnie peut utiliser dans le cadre des analyses visées à l'alinéa (1)a) sont toutefois choisis de façon aléatoire conformément aux règlements.

Utilisation — risque pour la sécurité ferroviaire

(3) Si elle utilise des renseignements en vertu du paragraphe (1), la compagnie peut également utiliser ces renseignements pour traiter un risque pour la sécurité ferroviaire prévu par règlement.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et lois provinciales

(4) La compagnie qui recueille, utilise ou communique des renseignements au titre du présent article, des articles 17.31 ou 17.94, des paragraphes 28(1.1) ou 36(2) ou des règlements pris en vertu de l'article 17.95 peut le faire :

a) par dérogation à l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, dans la mesure où cet article a trait aux obligations énoncées dans l'annexe 1 de cette loi relativement à la collecte, à l'utilisation, à la communication et à la conservation de renseignements, et malgré l'article 7 de cette loi;

b) malgré toute disposition d'une loi provinciale essentiellement semblable à la partie 1 de la loi visée à l'alinéa a) qui restreint la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation de renseignements.

Ministre — utilisation des renseignements

17.92 (1) Le ministre peut utiliser les renseignements qu'une compagnie enregistre, recueille ou conserve au titre du paragraphe 17.31(1) pour :

- a) élaborer des orientations;
- b) déterminer les causes et facteurs d'un accident ou incident dont il doit, sous le régime de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, être fait rapport au Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports et qui ne fait pas l'objet d'une enquête par ce Bureau;

Information randomly selected

(2) The information that the Minister may use for the purpose referred to in paragraph (1)(a) shall be selected randomly in accordance with the regulations.

Use — threat to safety of railway operations

(3) If the Minister uses information under paragraph (1)(a) or (b), he or she may also use that information to address a threat to the safety of railway operations.

Railway safety inspectors — use of information

17.93 (1) A railway safety inspector may use the information that a company records, collects or preserves under subsection 17.31(1) for the purposes of

(a) determining the causes and contributing factors of an accident or incident that must be reported under the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* to the Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board and that the Board does not investigate; and

(b) verifying compliance with section 17.31 and regulations made under section 17.95.

Use — threat to safety of railway operations

(2) If a railway safety inspector uses information under paragraph (1)(a), they may also use that information to address a threat to the safety of railway operations.

Recorded information admissible

17.94 (1) The information recorded under subsection 17.31(1) using the recording instruments with which the railway equipment is fitted is admissible in any proceedings for a violation or offence, with respect to the contravention of section 17.31 or the regulations made under section 17.95, against the company that operates the railway equipment.

Recorded information not admissible

(2) The information recorded under subsection 17.31(1) using the recording instruments with which the railway equipment is fitted is not admissible in any proceedings for a violation or offence under this Act — other than for

c) vérifier le respect de l'article 17.31 et des règlements pris en vertu de l'article 17.95.

Renseignements choisis de façon aléatoire

(2) Les renseignements que le ministre peut utiliser pour élaborer des orientations sont toutefois choisis de façon aléatoire conformément aux règlements.

Utilisation — risque pour la sécurité ferroviaire

(3) S'il utilise des renseignements en vertu des alinéas (1)a) ou b), le ministre peut également utiliser ces renseignements pour traiter un risque pour la sécurité ferroviaire.

Inspecteurs — utilisation des renseignements

17.93 (1) Tout inspecteur de la sécurité ferroviaire peut utiliser les renseignements qu'une compagnie enregistre, recueille ou conserve au titre du paragraphe 17.31(1) pour :

a) déterminer les causes et facteurs d'un accident ou incident dont il doit, sous le régime de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, être fait rapport au Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports et qui ne fait pas l'objet d'une enquête par ce Bureau;

b) vérifier le respect de l'article 17.31 et des règlements pris en vertu de l'article 17.95.

Utilisation — risque pour la sécurité ferroviaire

(2) S'il utilise des renseignements en vertu de l'alinéa (1)a), l'inspecteur de la sécurité ferroviaire peut également utiliser ces renseignements pour traiter un risque pour la sécurité ferroviaire.

Admissibilité en preuve — renseignements enregistrés

17.94 (1) Les renseignements qui sont enregistrés, au titre du paragraphe 17.31(1), au moyen des appareils d'enregistrement dont est muni le matériel ferroviaire sont admissibles en preuve dans le cadre de poursuites pour une violation ou infraction relative à la contravention à l'article 17.31 ou aux règlements pris en vertu de l'article 17.95 intentées contre la compagnie qui exploite le matériel ferroviaire.

Non-admissibilité en preuve — renseignements enregistrés

(2) Les renseignements qui sont enregistrés, au titre du paragraphe 17.31(1), au moyen des appareils d'enregistrement dont est muni le matériel ferroviaire ne sont pas admissibles en preuve dans le cadre de poursuites pour

a violation or offence with respect to the contravention of subsection 17.31(3) — against an individual who is on board the railway equipment at the time of the recording or an individual who communicates with that individual at that time.

Information used under subsections 17.91(3), 17.92(3) and 17.93(2) admissible

(3) Subject to subsection (2), the information used under subsections 17.91(3), 17.92(3) and 17.93(2) is admissible in any proceedings that may result from that use.

Regulations

17.95 (1) The Governor in Council may make regulations

- (a) prescribing criteria for the purposes of subsection 17.31(1);
- (b) respecting the exemption of any company that meets the criteria referred to in paragraph (a) from the application of subsection 17.31(1);
- (c) respecting the recording instruments with which the railway equipment is to be fitted, including their specifications, installation and maintenance;
- (d) respecting the information that companies record using those instruments, including the recording of that information, its collection, its preservation, its destruction, its use, its communication — including on request by the Minister — its selection and access to it; and
- (e) prescribing threats to the safety of railway operations for the purpose of subsection 17.91(3).

Application

(2) A regulation made under this section may be general or applicable to a group or class of companies.

For greater certainty

17.96 For greater certainty, subject to any use or communication that is expressly authorized under any of sections 17.91 to 17.94, subsection 28(1.1) or 36(2) or regulations made under section 17.95, the information that a company records, collects or preserves under subsection 17.31(1) and that is an *on-board recording*, as defined in subsection 28(1) of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act*, remains privileged under subsection 28(2) of that Act.

violation de la présente loi ou infraction à celle-ci — autre qu’une violation ou infraction relative à la contravention au paragraphe 17.31(3) — intentées contre toute personne physique qui se trouve à bord du matériel ferroviaire au moment de l’enregistrement ou toute personne physique avec qui celle-ci communique à ce moment.

Admissibilité en preuve — renseignements utilisés en vertu des paragraphes 17.91(3), 17.92(3) ou 17.93(2)

(3) Sous réserve du paragraphe (2), les renseignements utilisés en vertu des paragraphes 17.91(3), 17.92(3) ou 17.93(2) sont admissibles en preuve dans le cadre de toute procédure qui découle de cette utilisation.

Règlements

17.95 (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements :

- a) prévoyant des critères pour l’application du paragraphe 17.31(1);
- b) concernant l’exemption de toute compagnie qui satisfait aux critères visés à l’alinéa a) de l’application du paragraphe 17.31(1);
- c) concernant les appareils d’enregistrement dont le matériel ferroviaire doit être muni, notamment leurs caractéristiques, leur installation et leur entretien;
- d) concernant les renseignements que les compagnies enregistrent au moyen de ces appareils, notamment l’enregistrement, la collecte, la conservation, la destruction, l’utilisation, la communication — y compris à la demande du ministre —, le choix de tels renseignements et l’accès à ceux-ci;
- e) prévoyant des risques pour la sécurité ferroviaire, pour l’application du paragraphe 17.91(3).

Portée des règlements

(2) Le règlement pris en vertu du présent article peut être de portée générale ou limitée quant aux groupes ou aux catégories de compagnies visés.

Précision

17.96 Il est entendu que, sous réserve de l’utilisation ou de la communication expressément autorisée par l’un des articles 17.91 à 17.94, les paragraphes 28(1.1) ou 36(2) ou les règlements pris en vertu de l’article 17.95, les renseignements que la compagnie enregistre, recueille ou conserve au titre du paragraphe 17.31(1) et qui sont des enregistrements de bord, au sens du paragraphe 28(1) de la *Loi sur le Bureau canadien d’enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports*, demeurent protégés au titre du paragraphe 28(2) de cette loi.

63 Section 28 of the Act is amended by adding the following after subsection (1):

Communication authorized

(1.1) A company is authorized to communicate to a railway safety inspector the information that it recorded, collected or preserved under subsection 17.31(1) and that is contained in a document that the railway safety inspector requires it to produce under paragraph (1)(a.1), for the purpose of verifying compliance with section 17.31 and regulations made under section 17.95.

2012, c. 7, s. 30

64 Section 36 of the Act is renumbered as subsection 36(1) and is amended by adding the following:

Communication authorized

(2) A company is authorized to communicate to the Minister the information that it recorded, collected or preserved under subsection 17.31(1) and that the Minister orders it to provide under subsection (1), for the purpose of verifying compliance with section 17.31 and regulations made under section 17.95.

1999, c. 9, s. 31

65 (1) Paragraph 41(2)(a) of the Act is replaced by the following:

(a) a regulation made under subsection 7(1) or section 7.1, 17.95, 18, 24, 37, 47 or 47.1;

2012, c. 7, s. 32(2)

(2) Paragraph 41(2)(h) of the Act is replaced by the following:

(h) an order made under subsection 36(1).

2012, c. 7, s. 35

66 Paragraph 46(h) of the Act is replaced by the following:

(h) orders made under subsection 36(1).

63 L'article 28 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Communication autorisée

(1.1) La compagnie est autorisée à communiquer à l'inspecteur les renseignements qu'elle a enregistrés, recueillis ou conservés au titre du paragraphe 17.31(1) et qui sont compris dans un document que celui-ci lui ordonne de lui remettre, en vertu de l'alinéa (1)a.1), pour vérifier le respect de l'article 17.31 et des règlements pris en vertu de l'article 17.95.

2012, ch. 7, art. 30

64 L'article 36 de la même loi devient le paragraphe 36(1) et est modifié par adjonction de ce qui suit :

Communication autorisée

(2) La compagnie est autorisée à communiquer au ministre les renseignements qu'elle a enregistrés, recueillis ou conservés au titre du paragraphe 17.31(1) et que le ministre lui demande de lui fournir, en vertu du paragraphe (1), pour vérifier le respect de l'article 17.31 et des règlements pris en vertu de l'article 17.95.

1999, ch. 9, art. 31

65 (1) L'alinéa 41(2)a) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

a) à un règlement pris en vertu du paragraphe 7(1) ou des articles 7.1, 17.95, 18, 24, 37, 47 ou 47.1;

2012, ch. 7, par. 32(2)

(2) L'alinéa 41(2)h) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

h) à un arrêté pris en vertu du paragraphe 36(1).

2012, ch. 7, art. 35

66 L'alinéa 46h) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

h) les arrêtés pris en vertu du paragraphe 36(1).

1989, c. 3

Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act

1998, c. 20, s. 17(2)

67 (1) Subsection 28(4) of the *Canadian Transportation Accident Investigation and Safety Board Act* is replaced by the following:

Use by Board

(4) The Board may make any use of any on-board recording obtained under this Act that it considers necessary in the interests of transportation safety, but, subject to subsections (5) and (5.1), shall not knowingly communicate or permit to be communicated to anyone any portion of the recording that is unrelated to the causes or contributing factors of the transportation occurrence under investigation or to the identification of safety deficiencies.

(2) Section 28 of the Act is amended by adding the following after subsection (5):

Power to provide access to certain persons

(5.1) In the case of a transportation occurrence that is required to be reported under this Act to the Board and that is investigated under this Act, the Board may make an on-board recording related to the occurrence available to a person who is expressly authorized under the *Aeronautics Act*, the *National Energy Board Act*, the *Railway Safety Act* or the *Canada Shipping Act, 2001* to use or communicate it and, if the Board does so, the person may only use or communicate it in accordance with the express authorization.

Authorization under another Act

(5.2) Nothing in this section prevents the use or communication of an on-board recording if that use or communication is expressly authorized under the *Aeronautics Act*, the *National Energy Board Act*, the *Railway Safety Act* or the *Canada Shipping Act, 2001* and

(a) there has been no transportation occurrence that is required to be reported under this Act to the Board that involves the means of transportation to which the recording relates; or

1989, ch. 3

Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports

1998, ch. 20, par. 17(2)

67 (1) Le paragraphe 28(4) de la *Loi sur le Bureau canadien d'enquête sur les accidents de transport et de la sécurité des transports* est remplacé par ce qui suit :

Utilisation par le Bureau

(4) Le Bureau peut utiliser les enregistrements de bord obtenus en application de la présente loi comme il l'estime nécessaire dans l'intérêt de la sécurité des transports, mais, sous réserve des paragraphes (5) et (5.1), il ne peut sciemment communiquer ou laisser communiquer les parties de ces enregistrements qui n'ont aucun rapport avec les causes et facteurs de l'accident de transport faisant l'objet de l'enquête ou avec les manquements à la sécurité.

(2) L'article 28 de la même loi est modifié par adjonction, après le paragraphe (5), de ce qui suit :

Pouvoir de mettre à la disposition de certaines personnes

(5.1) En cas d'accident de transport dont il doit lui être fait rapport sous le régime de la présente loi et qui fait l'objet d'une enquête prévue par celle-ci, le Bureau peut mettre les enregistrements de bord relatifs à l'accident à la disposition de toute personne qui est expressément autorisée, sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* ou de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, à les utiliser ou à les communiquer; le cas échéant, la personne ne peut toutefois utiliser ou communiquer les enregistrements que conformément à l'autorisation expresse.

Autorisation sous le régime d'une autre loi

(5.2) Le présent article n'a pas pour effet d'empêcher l'utilisation ou la communication d'un enregistrement de bord si cette utilisation ou communication est expressément autorisée sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique*, de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* ou de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada* et si, selon le cas :

a) il n'y a pas eu d'accident de transport — dont il doit, sous le régime de la présente loi, être fait rapport au

(b) there has been a transportation occurrence that is required to be reported under this Act to the Board that involves the means of transportation to which the recording relates but that is not investigated under this Act.

2002, c. 9, s. 2

Canadian Air Transport Security Authority Act

68 Subsection 6(1) of the *Canadian Air Transport Security Authority Act* is replaced by the following:

Mandate

6 (1) The Authority's mandate is to take actions, either directly or through a screening contractor, for the effective and efficient screening of persons who access aircraft or restricted areas through screening points, the property in their possession or control and the belongings or baggage that they give to an air carrier for transport.

Restricted areas

(1.1) For the purposes of subsection (1), a restricted area is an area designated as a restricted area under the *Aeronautics Act* at an aerodrome designated by the regulations or at any other place, including any other aerodrome, designated by the Minister.

69 The Act is amended by adding the following after section 30:

Agreement – screening

30.1 (1) The Authority may, with the Minister's approval and subject to any terms and conditions that the Minister may establish, enter into an agreement respecting the delivery of screening referred to in subsection 6(1) with any person who requests the delivery of such screening.

Mandate

(2) For greater certainty, the Authority's mandate under subsection 6(1) includes any screening it delivers, either directly or through a screening contractor, under an agreement entered into under subsection (1).

Bureau — qui met en cause le moyen de transport lié à l'enregistrement;

b) il y a eu un accident de transport — dont il doit, sous le régime de la présente loi, être fait rapport au Bureau — qui met en cause le moyen de transport lié à l'enregistrement, mais qui ne fait pas l'objet d'une enquête prévue par la présente loi.

2002, ch. 9, art. 2

Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien

68 Le paragraphe 6(1) de la *Loi sur l'Administration canadienne de la sûreté du transport aérien* est remplacé par ce qui suit :

Mission

6 (1) L'Administration a pour mission de prendre, soit directement, soit par l'entremise d'un fournisseur de services de contrôle, des mesures en vue de fournir un contrôle efficace des personnes — ainsi que des biens en leur possession ou sous leur contrôle, ou des effets personnels ou des bagages qu'elles confient à une compagnie aérienne en vue de leur transport — qui ont accès, par des points de contrôle, à un aéronef ou à une zone réglementée.

Zone réglementée

(1.1) Pour l'application du paragraphe (1), est une zone réglementée la zone ainsi désignée sous le régime de la *Loi sur l'aéronautique* qui se trouve dans un aérodrome désigné par règlement ou dans tout autre endroit, notamment tout autre aérodrome, désigné par le ministre.

69 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 30, de ce qui suit :

Ententes — contrôle

30.1 (1) L'Administration peut, avec l'approbation du ministre et sous réserve des modalités que celui-ci peut fixer, conclure une entente relative à la fourniture de services de contrôle visée au paragraphe 6(1) avec toute personne qui en fait la demande.

Mission

(2) Il est entendu que la mission de l'Administration aux termes du paragraphe 6(1) comprend la fourniture de services de contrôle — soit directement, soit par l'entremise d'un fournisseur de services de contrôle — au titre d'une entente conclue en vertu du paragraphe (1).

Cost recovery

(3) Despite subsection (2), if the Authority delivers screening for which payment of an amount is required from the other party under the terms of an agreement entered into under subsection (1), the delivery of that screening is deemed, for the purposes of recovering that amount, not to be a duty of the Authority under this Act.

1992, c. 31

Coasting Trade Act

70 (1) Subsections 3(2.1) and (2.2) of the *Coasting Trade Act* are replaced by the following:

Repositioning of empty containers

(2.1) Subsection (1) does not apply in respect of carriage between one place in Canada and another, without consideration, of empty containers that are owned or leased by the ship's owner and of any ancillary equipment that is necessary to ensure the safety, security, containment and preservation of the goods that may be carried in those containers.

Dredging activities

(2.2) Subsection (1) does not apply in respect of dredging activities — other than dredging activities that are provided under an agreement with Her Majesty in right of Canada or with an entity which is listed in Annex 19-1, as amended from time to time, of Chapter Nineteen of CETA — carried out by any of the following ships:

- (a) a non-duty paid ship whose owner is a Canadian entity or an EU entity;
- (b) a foreign ship that is registered in the first, or domestic, register of a member state of the European Union and whose owner is a Canadian entity, an EU entity or an entity that is under Canadian or European control;
- (c) a foreign ship that is registered in a second, or international, register of a member state of the European Union and whose owner is a Canadian entity, an EU entity or an entity that is under Canadian or European control; and
- (d) a foreign ship that is registered in a register other than the Canadian Register of Vessels or a register referred to in paragraph (b) or (c), and whose owner is a Canadian entity or an EU entity.

Recouvrement des coûts

(3) Cependant, la fourniture de services de contrôle par l'Administration au titre d'une entente conclue en vertu du paragraphe (1) et à l'égard de laquelle des sommes sont exigibles de l'autre partie est réputée, aux fins de recouvrement de ces sommes, ne pas être une obligation lui incombant au titre de la présente loi.

1992, ch. 31

Loi sur le cabotage

70 (1) Les paragraphes 3(2.1) et (2.2) de la *Loi sur le cabotage* sont remplacés par ce qui suit :

Repositionnement de conteneurs vides

(2.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas au transport entre des lieux au Canada, sans contrepartie, de conteneurs vides appartenant au propriétaire du navire ou loués par celui-ci, ainsi que de tout accessoire qui est nécessaire à la sûreté, à la sécurité, à la retenue et à la conservation des marchandises qui peuvent être transportées dans ces conteneurs.

Activités de dragage

(2.2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux activités de dragage — autres que celles effectuées aux termes d'un accord conclu avec Sa Majesté du chef du Canada ou avec une entité qui figure à l'Annexe 19-1, avec ses modifications successives, du chapitre Dix-neuf de l'AÉCG — effectuées au moyen de l'un ou l'autre des navires suivants :

- a) le navire non dédouané dont le propriétaire est une entité canadienne ou une entité de l'Union européenne;
- b) le navire étranger qui est immatriculé dans le registre national — aussi appelé « premier registre » — d'un État membre de l'Union européenne et dont le propriétaire est une entité canadienne, une entité de l'Union européenne ou une entité sous contrôle canadien ou européen;
- c) le navire étranger qui est immatriculé dans un registre international — aussi appelé « second registre » — d'un État membre de l'Union européenne et dont le propriétaire est une entité canadienne, une entité de l'Union européenne ou une entité sous contrôle canadien ou européen;
- d) le navire étranger qui est immatriculé dans un registre autre que le Registre canadien d'immatriculation des bâtiments ou que tout registre visé aux alinéas b) ou c) et dont le propriétaire est une entité canadienne ou une entité de l'Union européenne.

(2) Paragraph 3(2.3)(a) of the Act is replaced by the following:

(a) the carriage of goods by a ship that is described in paragraph (2.2)(b), from the port of Halifax — where the goods are loaded — to the port of Montreal, or vice versa, if that carriage is one leg of the importation of the goods into Canada; or

(3) The portion of subsection 3(2.4) of the Act before paragraph (a) is replaced by the following:

Feeder services — single trip

(2.4) Subject to subsection (2.5), subsection (1) does not apply in respect of the carriage, by a ship that is described in paragraph (2.2)(c), of goods in a container from the port of Montreal to the port of Halifax, or vice versa, if

(4) Subsection 3(2.6) of the Act is replaced by the following:

Provision of information

(2.6) Before a ship engages, without a licence, in any activities referred to in subsections (2.2) to (2.4) and for which the owner of the ship intends to rely on an exemption under any one of those subsections, the owner shall provide information to an enforcement officer, in the form and manner specified by the Minister, establishing that the ship meets the applicable conditions under any of paragraphs (2.2)(a) to (d).

(5) The portion of subsection 3(7) of the Act before paragraph (a) is replaced by the following:

Control

(7) For the purposes of paragraphs (2.2)(b) and (c), an entity is under Canadian or European control

71 Paragraphs 5.1(1)(a) and (b) of the Act are replaced by the following:

- (a)** for an application made on behalf of a ship described in paragraph 3(2.2)(a), paragraph 5(a); and
- (b)** for an application made on behalf of a ship described in paragraph 3(2.2)(b) or (c), paragraph 4(1)(a).

(2) Le passage du paragraphe 3(2.3) de la même loi précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

Service d'apport — continué ou aller simple

(2.3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux activités ci-après effectuées au moyen d'un navire visé à l'alinéa (2.2)b) :

(3) Le passage du paragraphe 3(2.4) de la même loi précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

Service d'apport — aller simple

(2.4) Sous réserve du paragraphe (2.5), le paragraphe (1) ne s'applique pas au transport de marchandises dans des conteneurs du port de Montréal au port d'Halifax, ou inversement, effectué au moyen d'un navire visé à l'alinéa (2.2)c) lorsque les conditions suivantes sont remplies :

(4) Le paragraphe 3(2.6) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Fourniture de renseignements

(2.6) Avant qu'un navire ne soit utilisé sans licence pour une activité visée à l'un ou l'autre des paragraphes (2.2) à (2.4) pour laquelle son propriétaire compte se prévaloir d'une exemption prévue à l'un ou l'autre de ces paragraphes, ce dernier fournit à l'agent de l'autorité, selon les modalités précisées par le ministre, des renseignements permettant d'établir que le navire remplit les conditions applicables prévues aux alinéas (2.2)a) à d).

(5) Le passage du paragraphe 3(7) de la même loi précédant l'alinéa a) est remplacé par ce qui suit :

Contrôle

(7) Pour l'application des alinéas (2.2)b) et c), une entité est sous contrôle canadien ou européen dans les cas suivants :

71 Les alinéas 5.1(1)a) et b) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

- a)** dans le cas d'une demande faite au nom d'un navire visé à l'alinéa 3(2.2)a), l'alinéa 5a);
- b)** dans le cas d'une demande faite au nom d'un navire visé aux alinéas 3(2.2)b) ou c), l'alinéa 4(1)a).

72 Paragraph 7(b) of the Act is replaced by the following:

(b) indicate, for the purpose of paragraph 3(2.2)(c), the registers that are second, or international, registers of member states of the European Union; and

1998, c. 10

Canada Marine Act

73 Paragraph 25(a) of the *Canada Marine Act* is amended by adding the following after subparagraph (i):

(i.1) is a loan made by the Canada Infrastructure Bank under the *Canada Infrastructure Bank Act*,

74 The Act is amended by adding the following after section 26:

Canada Infrastructure Bank

26.1 Section 26 does not apply with respect to a loan guarantee provided by the Canada Infrastructure Bank on behalf of the government of Canada under paragraph 18(h) of the *Canada Infrastructure Bank Act*.

Transitional Provisions

Definition of Act

75 (1) In this section and in sections 76 to 81, *Act* means the *Canada Transportation Act*.

Words and expressions

(2) Unless the context otherwise requires, words and expressions used in sections 76 to 81 have the same meaning as in the Act.

Information — long-haul interswitching rate

76 (1) This section applies until the first regulation made under paragraph 50(1.01)(a) of the Act comes into force.

Provision of information

(2) A class 1 rail carrier shall provide to the Minister, in the form and manner that the Minister may specify, a report indicating the following information with respect to any traffic that is moved by a railway car:

72 L'alinéa 7b) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

b) indiquer, pour l'application de l'alinéa 3(2.2)c), les registres qui sont des registres internationaux ou des seconds registres d'États membres de l'Union européenne;

1998, ch. 10

Loi maritime du Canada

73 L'alinéa 25a) de la *Loi maritime du Canada* est modifié par adjonction, après le sous-alinéa (i), de ce qui suit :

(i.1) est un prêt consenti par la Banque de l'infrastructure du Canada sous le régime de la *Loi sur la Banque de l'infrastructure du Canada*,

74 La même loi est modifiée par adjonction, après l'article 26, de ce qui suit :

Banque de l'infrastructure du Canada

26.1 L'article 26 ne s'applique pas en ce qui concerne les garanties d'emprunt consenties par la Banque de l'infrastructure du Canada au nom du gouvernement fédéral au titre de l'alinéa 18h) de la *Loi sur la Banque de l'infrastructure du Canada*.

Dispositions transitoires

Définition de Loi

75 (1) Au présent article et aux articles 76 à 81, *Loi* s'entend de la *Loi sur les transports au Canada*.

Terminologie

(2) Sauf indication contraire du contexte, les termes des articles 76 à 81 s'entendent au sens de la Loi.

Renseignements — prix de l'interconnexion de longue distance

76 (1) Le présent article s'applique jusqu'à l'entrée en vigueur du premier règlement pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)a) de la Loi.

Renseignements à fournir

(2) Le transporteur ferroviaire de catégorie 1 fournit au ministre, en la forme et de la manière que celui-ci peut préciser, un rapport comportant les éléments ci-après relativement à tout transport de marchandises effectué par wagon :

- (a) the name of the shipper;
- (b) the name of the owner of the railway car;
- (c) the letters and number that identify the railway car;
- (d) an indication as to whether the railway car moves in a block that receives an incentive and if it is, the number of railway cars moved together as the block for which the incentive is received;
- (e) an indication as to whether the railway car transports traffic that is, based on the rail origin, transferred from a truck or vessel, as defined in section 2 of the *Canada Shipping Act, 2001*, or, based on the rail destination, transferred to a truck or vessel;
- (f) the date and time at which the movement of the railway car begins and ends;
- (g) the geographic location codes of the locations where the movement of the railway car begins and ends, the alphanumeric codes that identify the province or state in which the movement begins and ends, and, if applicable, the geographic location code of any junction at which the railway car is transferred to or from another rail carrier, the code that identifies that other rail carrier and the code that identifies the rail carrier on which the movement begins or ends;
- (h) the standard transportation commodity code, the code that identifies the type of equipment used, the intermodal traffic indicator, the number of intermodal units carried by the car and the commodity tonnage and, if the railway car moves across the Canada-United States border, the alphanumeric code that identifies imports and exports and the code that identifies the border crossing location;
- (i) if the railway car transports dangerous goods, the UN number assigned to the goods by the United Nations Committee of Experts on the Transport of Dangerous Goods or the Hazardous Material Response Code assigned to the goods by the Association of American Railroads, Bureau of Explosives;
- (j) an indication as to whether the rate that applies in respect of the movement of the traffic is set out in a tariff or a confidential contract, and, in the case of a tariff, the tariff number;
- a) le nom de l'expéditeur;
- b) le nom du propriétaire du wagon;
- c) les lettres et le numéro qui identifient le wagon;
- d) une indication à savoir si le wagon fait partie d'une rame de wagons bénéficiant d'une prime et, si c'est le cas, le nombre de wagons qui sont transportés ensemble dans la rame pour laquelle la prime est consentie;
- e) une indication à savoir si les marchandises lui sont transférées, selon l'origine ferroviaire, d'un camion ou d'un bâtiment, au sens de l'article 2 de la *Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada*, et si elles sont transférées, selon la destination ferroviaire, à un camion ou à un bâtiment;
- f) la date et l'heure auxquelles le transport du wagon commence et se termine;
- g) le code d'emplacement géographique de l'emplacement où le transport du wagon commence et celui de l'emplacement où il se termine, le code alphanumérique correspondant à la province ou à l'État où le transport commence et celui correspondant à la province ou à l'État où il se termine et, s'il y a lieu, le code d'emplacement géographique du point de raccordement où le wagon est transféré à un autre transporteur ferroviaire ou lui est transféré par un autre transporteur ferroviaire, le code d'identification de cet autre transporteur et celui du transporteur ferroviaire d'origine ou de destination du transport;
- h) le code unifié des marchandises, le code de type d'équipement utilisé, l'indicateur de trafic intermodal, le nombre d'unités intermodales transportées par le wagon, le nombre de tonnes de marchandises et, si le wagon franchit la frontière canado-américaine, le code alphanumérique correspondant aux mouvements d'importation ou d'exportation et le code d'identification du point de passage transfrontalier;
- i) si le wagon transporte des marchandises dangereuses, le numéro ONU attribué aux marchandises par le Comité d'experts des Nations Unies sur le transport des marchandises dangereuses ou le code de marchandises dangereuses attribué aux marchandises par

(k) an indication as to whether a long-haul interswitching rate applies in respect of the movement of the traffic;

(l) an indication as to whether the shipper has provided the class 1 rail carrier with an undertaking with respect to the volume of the movement of the traffic, and if so, the volume in respect of which the undertaking was made;

(m) the gross waybill revenue earned for the railway car and the number of miles in respect of which the revenue is derived;

(n) the portion of the gross waybill revenue earned by the class 1 rail carrier for the railway car and the number of miles in respect of which the portion is derived;

(o) the portion of the gross waybill revenue — excluding the value of charges, incentives, rebates and amounts paid by the class 1 rail carrier to other rail carriers — earned by the class 1 rail carrier for the railway car for the portion of the movement in Canada and the number of miles in respect of which the portion is derived;

(p) the value of the charges, incentives, rebates and amounts paid by the class 1 rail carrier to other rail carriers referred to in paragraph (o);

(q) an indication as to whether the railway car is used for the *movement* of grain, as defined in section 147 of the Act;

(r) each type of train that the railway car is part of;

(s) the alphanumeric identification code of each train that the railway car is part of; and

(t) in respect of each train that the railway car is part of, the geographic location code of the location where the movement of the railway car begins and ends, the date and time the movement of the railway car begins and ends and the distance travelled by the railway car.

l'organisme appelé Association of American Railroads, Bureau of Explosives;

j) une indication à savoir si le prix du transport figure dans un tarif ou un contrat confidentiel et, s'il figure dans un tarif, le numéro de ce tarif;

k) une indication à savoir si le prix du transport est établi par un arrêté d'interconnexion de longue distance;

l) une indication à savoir si l'expéditeur a pris un engagement relatif au volume du transport envers le transporteur ferroviaire de catégorie 1 et, le cas échéant, le volume prévu dans l'engagement;

m) les recettes brutes des feuilles de route réalisées pour le wagon et le nombre de milles à l'égard desquels ces recettes ont été réalisées;

n) la part des recettes brutes des feuilles de route réalisées pour le wagon par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 et le nombre de milles à l'égard desquels cette part des recettes a été réalisée;

o) la part des recettes brutes des feuilles de route réalisées par le wagon — calculée sans tenir compte de la valeur des frais, des primes, des rabais et des sommes payées par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 à un autre transporteur ferroviaire — qu'a reçue le transporteur ferroviaire de catégorie 1 pour la portion du transport effectuée au Canada et le nombre de milles à l'égard desquels cette part des recettes a été réalisée;

p) la valeur des frais, des primes, des rabais et des sommes payées par le transporteur ferroviaire de catégorie 1 à un autre transporteur ferroviaire visés à l'alinéa o);

q) une indication à savoir si le wagon est utilisé pour le *mouvement du grain* au sens de l'article 147 de la Loi;

r) le type de train dont le wagon fait partie;

s) le code alphanumérique de chacun des trains dont le wagon fait partie;

t) à l'égard de chacun des trains dont le wagon fait partie, le code d'emplacement géographique de l'emplacement ainsi que les date et heure où le transport du wagon commence, le

Time limit

(3) The class 1 rail carrier shall provide the information described in subsection (2) on a monthly basis, no later than the last day of the month following the month to which the information relates.

First report

(4) No later than the last day of the month following the month in which this section comes into force, the class 1 rail carrier shall provide to the Minister a report described in subsection (2) for each month in the period that begins August 1, 2016 and that ends on the last day of the month in which this section comes into force.

Deeming

(5) Information provided to the Minister under subsection (2) is deemed to be information required by regulations made under paragraph 50(1.01)(a) of the Act.

Information — service and performance indicators

77 (1) This section applies until the first regulation made under paragraph 50(1.01)(b) of the Act comes into force.

Information to be provided

(2) A class 1 rail carrier shall provide to the Minister, in the form and manner that the Minister may specify, a report containing the information specified in paragraphs 1250.2(a)(1) to (8) of Title 49 of the United States *Code of Federal Regulations* as amended from time to time.

Adaptations

(3) For the purpose of subsection (2), the provisions of the United States *Code of Federal Regulations* are adapted as follows:

(a) a reference to “should” is to be read as “must”;

(b) unless the context requires otherwise, a reference to “railroad” is to be read as “class 1 rail carrier”;

code d'emplacement géographique de l'emplacement ainsi que les date et heure où ce transport se termine et la distance parcourue par le wagon.

Délai

(3) Le transporteur ferroviaire de catégorie 1 fournit les renseignements sur une base mensuelle au plus tard le dernier jour du mois qui suit le mois sur lequel les renseignements portent.

Premier rapport

(4) Au plus tard le dernier jour du mois qui suit le mois de l'entrée en vigueur du présent article, le transporteur ferroviaire de catégorie 1 fournit au ministre le rapport visé au paragraphe (2) pour chacun des mois compris dans la période commençant le 1^{er} août 2016 et se terminant le dernier jour du mois de l'entrée en vigueur du présent article.

Fiction

(5) Les renseignements fournis au ministre en application du paragraphe (2) sont réputés exigés au titre des règlements pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)a) de la Loi.

Renseignements — indicateurs de service et de rendement

77 (1) Le présent article s'applique jusqu'à l'entrée en vigueur du premier règlement pris en vertu de l'alinéa 50(1.01)b) de la Loi.

Renseignements à fournir

(2) Le transporteur ferroviaire de catégorie 1 fournit au ministre, en la forme et de la manière que celui-ci peut préciser, un rapport comportant les renseignements visés aux sous-alinéas 1250.2(a)(1) à (8) du titre 49 du *Code of Federal Regulations* des États-Unis, avec ses modifications successives.

Adaptations

(3) Pour l'application du paragraphe (2), les dispositions visées font l'objet des adaptations suivantes :

a) la mention « should » vaut mention de « must »;

b) la mention « railroad » vaut mention de « class 1 rail carrier », sauf indication contraire du contexte;

(c) a reference to “state” is to be read as “province”;

(d) a reference to “dedicated train service” is to be read as “dedicated train program and fleet integration program”; and

(e) paragraph 1250.2(a)(7) is to be read without reference to “aggregated for the following STCCs: 01131 (barley), 01132 (corn), 01133 (oats), 01135 (rye), 01136 (sorghum grains), 01137 (wheat), 01139 (grain, not elsewhere classified), 01144 (soybeans), 01341 (beans, dry), 01342 (peas, dry) and 01343 (cowpeas, lentils, or lupines)”.

Explanation

(4) A class 1 rail carrier shall, in its first report, provide an explanation of the methodology it used to derive the data, including the definition of unit train used by the class 1 rail carrier. The definition of unit train shall be based on the class 1 rail carrier’s normal business practices. If the methodology changes, the class 1 rail carrier shall provide an updated explanation of its methodology in any subsequent report in which that methodology is used for the first time, including any updated definition of unit train.

Time limit

(5) The class 1 rail carrier shall provide the report for each period of seven days commencing on Saturday and ending on Friday, no later than five days after the last day of the period of seven days to which the information relates.

First report

(6) The first report that is to be provided by a class 1 rail carrier is to contain information related to the seven day period that commences on the first Saturday that follows the day on which this section comes into force.

Deeming

(7) Information provided to the Minister under subsection (2) is deemed to be information required by regulations made under paragraph 50(1.01)(b) of the Act.

Arrangements concluded before coming into force of section 14

78 Persons that have entered into an *arrangement*, as defined in section 53.7 of the Act, before

c) la mention « state » vaut mention de « province »;

d) la mention « dedicated train service » vaut mention de « dedicated train program and fleet integration program »;

e) il n’est pas tenu compte du passage suivant du sous-alinéa 1250.2(a)(7) : « aggregated for the following STCCs: 01131 (barley), 01132 (corn), 01133 (oats), 01135 (rye), 01136 (sorghum grains), 01137 (wheat), 01139 (grain, not elsewhere classified), 01144 (soybeans), 01341 (beans, dry), 01342 (peas, dry), and 01343 (cowpeas, lentils, or lupines) ».

Explication

(4) Le transporteur ferroviaire de catégorie 1 explique, dans le premier rapport qu’il fournit, la méthode utilisée pour obtenir les données contenues dans le rapport. L’explication comporte notamment la définition de train-bloc utilisée pour faire rapport, laquelle doit être fondée sur les pratiques habituelles du transporteur. Si cette méthode change, notamment en ce qui concerne la définition de train-bloc, le transporteur explique la nouvelle méthode dans le premier rapport pour lequel elle est utilisée.

Délai

(5) Le transporteur ferroviaire de catégorie 1 fournit le rapport, pour chaque période de sept jours commençant le samedi et se terminant le vendredi, au plus tard cinq jours après le vendredi visé par le rapport.

Premier rapport

(6) Le premier rapport vise la période de sept jours commençant le samedi qui suit le jour de l’entrée en vigueur du présent article.

Fiction

(7) Les renseignements fournis au ministre en application du paragraphe (2) sont réputés être des renseignements exigés au titre des règlements pris en vertu de l’alinéa 50(1.01)b) de la Loi.

Ententes conclues avant l’entrée en vigueur de l’article 14

78 Les personnes qui ont conclu une *entente*, au sens de l’article 53.7 de la Loi, avant l’entrée en

the day on which section 14 comes into force, may still provide a notice of the arrangement under subsection 53.71(1) of that Act as though the arrangement had not been entered into, in which case section 53.72 of that Act does not apply to that arrangement.

Interswitching rate

79 (1) Until December 31 of the first year in which the Agency makes a determination of the interswitching rate under subsection 127.1(1) of the Act, the interswitching rate determined under paragraph 128(1)(b) of the Act as it read immediately before the day on which subsection 28(1) comes into force continues to apply and is deemed to be a rate determined by the Agency in accordance with section 127.1 of the Act.

First determination

(2) If section 127.1 of the Act comes into force after August 1 of any calendar year, the Agency is not required to determine the interswitching rate in accordance with subsection 127.1(1) until December 1 of the following calendar year.

Volume-related composite price index

80 (1) For the crop year in which this Act receives royal assent, the value of F in subsection 151(1) of the Act that applies to each prescribed railway company is to be the volume-related composite price index for that crop year that was determined by the Agency in accordance with section 151 of the Act as it read immediately before the day on which this Act receives royal assent.

Volume-related composite price index

(2) For the purpose of determining the value of F in subsection 151(1) of the Act for the crop year that follows the crop year in which this Act receives royal assent,

(a) immediately before making the determination, the Agency shall adjust the volume-related composite price index described in subsection (1) to reflect costs incurred by the prescribed railway companies to earn the revenue described in paragraphs 150(3)(d) and (e) of the Act; and

(b) the volume-related composite price index that applies to each prescribed railway company shall be determined by the Agency in accordance with section 151 of the Act as amended

vigueur de l'article 14, peuvent tout de même donner un avis de l'entente au titre du paragraphe 53.71(1) de cette loi comme si cette entente n'avait pas encore été conclue, auquel cas l'article 53.72 de cette loi ne s'y applique pas.

Prix par wagon pour l'interconnexion

79 (1) Jusqu'au 31 décembre de l'année où l'Office exerce pour la première fois le pouvoir prévu au paragraphe 127.1(1) de la Loi, le prix par wagon fixé en vertu de l'alinéa 128(1)b) de la Loi, dans sa version antérieure à la date d'entrée en vigueur du paragraphe 28(1), demeure applicable et ce prix est réputé avoir été fixé en application de l'article 127.1 de la Loi.

Premier exercice du pouvoir

(2) Si l'article 127.1 de la Loi entre en vigueur après le 1^{er} août d'une année civile, l'Office n'est pas tenu d'exercer le pouvoir prévu au paragraphe 127.1(1) de la Loi avant le 1^{er} décembre de l'année civile suivante.

Indice des prix composite afférent au volume

80 (1) Pour la campagne agricole en cours à la sanction de la présente loi, l'élément F de la formule figurant au paragraphe 151(1) de la Loi applicable à chaque compagnie de chemin de fer régie est l'indice des prix composite afférent au volume, tel qu'il est déterminé par l'Office conformément à l'article 151 de la Loi dans sa version antérieure à ce jour.

Indice des prix composite afférent au volume

(2) Les règles ci-après s'appliquent à la détermination de l'élément F de la formule figurant au paragraphe 151(1) de la Loi pour la campagne agricole qui suit celle en cours le jour de la sanction de la présente loi :

a) avant d'effectuer la détermination, l'Office rajuste l'indice des prix composite afférent au volume prévu au paragraphe (1) pour tenir compte des coûts supportés par les compagnies de chemin de fer régies pour générer les revenus visés aux alinéas 150(3)d) et e) de la Loi;

b) l'indice des prix composite afférent au volume est déterminé par l'Office, pour chacune des compagnies de chemin de fer régies,

by this Act, based on the volume-related composite price index adjusted in accordance with paragraph (a).

Redetermination

(3) If, before the day on which this Act receives royal assent, the Agency has already determined the volume-related composite price index for the crop year that follows the crop year in which this Act receives royal assent, the Agency shall redetermine the volume-related composite price index for that crop year in accordance with subsection (2).

First adjustment to maximum amount of freight charges

81 No later than March 31, 2021, the Agency shall, in accordance with section 164.2 of the Act, make the first adjustment to the maximum amount referred to in section 164.1 of the Act. The adjusted amount applies for the three-year period starting April 1, 2021.

Related and Consequential Amendments

R.S., c. B-3; 1992, c. 27, s. 2

Bankruptcy and Insolvency Act

2007, c. 36, s. 1(1)

82 The definition *corporation* in section 2 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* is replaced by the following:

corporation means a company or legal person that is incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province, an incorporated company, wherever incorporated, that is authorized to carry on business in Canada or has an office or property in Canada or an income trust, but does not include banks, authorized foreign banks within the meaning of section 2 of the *Bank Act*, insurance companies, trust companies or loan companies; (*personne morale*)

R.S., c. C-34; R.S., c. 19 (2nd Suppl.), s. 19

Competition Act

83 Subsection 29(1) of the *Competition Act* is amended by adding the following after paragraph (b):

conformément à l'article 151 de la Loi, dans sa version modifiée par la présente loi, sur la base de l'indice rajusté conformément à l'alinéa a).

Nouvelle détermination

(3) Si l'Office a déjà, avant le jour de la sanction de la présente loi, déterminé l'indice des prix composite afférent au volume pour la campagne agricole qui suit celle en cours ce jour-là, il doit le déterminer de nouveau conformément au paragraphe (2).

Premier rajustement du montant maximal des frais

81 Au plus tard le 31 mars 2021, l'Office rajuste pour la première fois, conformément à l'article 164.2 de la Loi, le montant maximal prévu à l'article 164.1 de cette loi. Le montant maximal rajusté s'applique à la période triennale commençant le 1^{er} avril 2021.

Modifications connexes et corrélatives

L.R., ch. B-3; 1992, ch. 27, art. 2

Loi sur la faillite et l'insolvabilité

2007, ch. 36, par. 1(1)

82 La définition de *personne morale*, à l'article 2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, est remplacée par ce qui suit :

personne morale Personne morale qui est autorisée à exercer des activités au Canada ou qui y a un établissement ou y possède des biens, ainsi que toute fiducie de revenu. Sont toutefois exclues les banques, banques étrangères autorisées au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*, compagnies d'assurance, sociétés de fiducie ou sociétés de prêt constituées en personnes morales. (*corporation*)

L.R., ch. C-34; L.R., ch. 19 (2^e suppl.), art. 19

Loi sur la concurrence

83 Le paragraphe 29(1) de la *Loi sur la concurrence* est modifié par adjonction, après l'alinéa b), de ce qui suit :

(b.1) any information obtained under any of sections 53.71 to 53.81 of the *Canada Transportation Act*;

84 (1) Subsection 29.1(2) of the Act is amended by adding the following after paragraph (c):

(c.1) any information obtained under any of sections 53.71 to 53.81 of the *Canada Transportation Act*;

2007, c. 19, s. 61

(2) Paragraph 29.1(3)(b) of the Act is replaced by the following:

(b) state that the Minister of Transport requires the information for the purposes of section 53.1 or 53.2 or any of sections 53.71 to 53.81 of the *Canada Transportation Act* and identify the transaction being considered under that section.

2007, c. 19, s. 61

(3) Subsections 29.1(4) and (5) of the Act are replaced by the following:

Restriction

(4) The information communicated under subsection (1) may be used only for the purposes of section 53.1 or 53.2 or any of sections 53.71 to 53.81, as the case may be, of the *Canada Transportation Act*.

Confidentiality

(5) No person who performs or has performed duties or functions in the administration or enforcement of the *Canada Transportation Act* shall communicate or allow to be communicated to any other person any information communicated under subsection (1), except to persons who perform duties or functions under section 53.1 or 53.2 or any of sections 53.71 to 53.81 of that Act.

85 Subsection 45(6) of the Act is amended by striking out “or” at the end of paragraph (a), by adding “or” at the end of paragraph (b) and by adding the following after paragraph (b):

(c) is an *arrangement*, as defined in section 53.7 of the *Canada Transportation Act*, that has been authorized by the Minister of Transport under subsection 53.73(8) of that Act and for which the authorization has not been revoked, if the conspiracy, agreement or arrangement is directly related to, and reasonably necessary for giving effect to, the objective of the arrangement.

b.1) l’un des renseignements obtenus au titre des articles 53.71 à 53.81 de la *Loi sur les transports au Canada*;

84 (1) Le paragraphe 29.1(2) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa c), de ce qui suit :

c.1) l’un des renseignements obtenus au titre des articles 53.71 à 53.81 de la *Loi sur les transports au Canada*;

2007, ch. 19, art. 61

(2) L’alinéa 29.1(3)b) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

b) indiquer que les renseignements lui sont nécessaires pour l’application des articles 53.1 ou 53.2 ou de l’un des articles 53.71 à 53.81 de la *Loi sur les transports au Canada* et préciser la transaction visée par ces articles.

2007, ch. 19, art. 61

(3) Les paragraphes 29.1(4) et (5) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Restriction

(4) Les renseignements ne peuvent être utilisés que pour l’application des articles 53.1 ou 53.2 ou de l’un des articles 53.71 à 53.81 de la *Loi sur les transports au Canada*.

Confidentialité

(5) Il est interdit à quiconque exerce ou a exercé des fonctions dans le cadre de l’application ou du contrôle d’application de la *Loi sur les transports au Canada* de communiquer ou de permettre que soient communiqués des renseignements communiqués dans le cadre du paragraphe (1), sauf à une personne qui exerce des fonctions sous le régime des articles 53.1 ou 53.2 ou de l’un des articles 53.71 à 53.81 de cette loi.

85 Le paragraphe 45(6) de la même loi est modifié par adjonction, après l’alinéa b), de ce qui suit :

c) constituant une *entente* au sens de l’article 53.7 de la *Loi sur les transports au Canada*, autorisée par le ministre des Transports en application du paragraphe 53.73(8) de cette loi, dans la mesure où l’autorisation n’a pas été révoquée et le complot, l’accord ou l’arrangement est directement lié à l’objectif de l’entente et raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif.

R.S., c. 19 (2nd Supp.), s. 33

86 Subsection 47(3) of the Act is replaced by the following:

Exception

(3) This section does not apply to

(a) an agreement or arrangement that is entered into or a submission that is arrived at only by companies each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate; or

(b) an agreement or arrangement that is an *arrangement*, as defined in section 53.7 of the *Canada Transportation Act*, or a submission that is arrived at under that arrangement, that has been authorized by the Minister of Transport under subsection 53.73(8) of that Act and for which the authorization has not been revoked, if the agreement, arrangement or submission is directly related to, and reasonably necessary for giving effect to, the objective of the arrangement.

87 Subsection 90.1(9) of the Act is amended by striking out “or” at the end of subparagraph (b)(ii), by adding “or” at the end of paragraph (c) and by adding the following after paragraph (c):

(d) an agreement or arrangement that constitutes an existing or proposed *arrangement*, as defined in section 53.7 of the *Canada Transportation Act*, that has been authorized by the Minister of Transport under subsection 53.73(8) of that Act and for which the authorization has not been revoked.

88 Section 94 of the Act is amended by striking out “or” at the end of paragraph (b), by adding “or” at the end of paragraph (c) and by adding the following after paragraph (c):

(d) a merger or proposed merger that constitutes an existing or proposed *arrangement*, as defined in section 53.7 of the *Canada Transportation Act*, that has been authorized by the Minister of Transport under subsection 53.73(8) of that Act and for which the authorization has not been revoked.

R.S., c. C-36

Companies' Creditors Arrangement Act

2005, c. 47, s. 124(2)

89 The definition *company* in subsection 2(1) of the *Companies' Creditors Arrangement Act* is replaced by the following:

L.R., ch. 19 (2^e suppl.), art. 33

86 Le paragraphe 47(3) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

Restriction

(3) Le présent article ne s'applique pas :

a) à un accord, à un arrangement ou à une soumission intervenu exclusivement entre des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question;

b) à un accord ou à un arrangement constituant une *entente*, au sens de l'article 53.7 de la *Loi sur les transports au Canada*, autorisée par le ministre des Transports en application du paragraphe 53.73(8) de cette loi, ou à une soumission intervenue dans le cadre d'une telle entente, dans la mesure où l'autorisation n'a pas été révoquée et l'accord, l'arrangement ou la soumission est directement lié à l'objectif de l'entente et raisonnablement nécessaire à la réalisation de cet objectif.

87 Le paragraphe 90.1(9) de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa c), de ce qui suit :

d) un accord ou un arrangement constituant une *entente*, au sens de l'article 53.7 de la *Loi sur les transports au Canada*, réalisée ou proposée, autorisée par le ministre des Transport en application du paragraphe 53.73(8) de cette loi, dans la mesure où l'autorisation n'a pas été révoquée.

88 L'article 94 de la même loi est modifié par adjonction, après l'alinéa c), de ce qui suit :

d) d'une fusion — réalisée ou proposée — constituant une *entente*, au sens de l'article 53.7 de la *Loi sur les transports au Canada*, autorisée par le ministre des Transports en application du paragraphe 53.73(8) de cette loi, dans la mesure où l'autorisation n'a pas été révoquée.

L.R., ch. C-36

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies

2005, ch. 47, par. 124(2)

89 La définition de *compagnie*, au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les arrangements avec les*

company means any company, corporation or legal person incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province, any incorporated company having assets or doing business in Canada, wherever incorporated, and any income trust, but does not include banks, authorized foreign banks within the meaning of section 2 of the *Bank Act*, telegraph companies, insurance companies and companies to which the *Trust and Loan Companies Act* applies; (*compagnie*)

R.S., c. 35 (4th Supp.)

Air Canada Public Participation Act

2000, c. 15, s. 17(1)

90 (1) Paragraphs 6(1)(b) and (c) of the Air Canada Public Participation Act are repealed.

2001, c. 35, ss. 1(2) and (3)

(2) Subsections 6(2) and (3) of the Act are repealed.

2000, c. 15, s. 17(2)

(3) Subsections 6(6) to (7) of the Act are replaced by the following:

Definition of *aircraft*

(6) In this section, ***aircraft*** has the same meaning as in subsection 3(1) of the *Aeronautics Act*.

2009, c. 2

Budget Implementation Act, 2009

91 Parts 14 and 15 of the Budget Implementation Act, 2009 are repealed.

2014, c. 8

Fair Rail for Grain Farmers Act

92 Subsection 5.1(2) of the Fair Rail for Grain Farmers Act is repealed.

93 Subsection 8(2) of the Act is repealed.

***créanciers des compagnies*, est remplacée par ce qui suit :**

compagnie Toute personne morale constituée par une loi fédérale ou provinciale ou sous son régime et toute personne morale qui possède un actif ou exerce des activités au Canada, quel que soit l'endroit où elle a été constituée, ainsi que toute fiducie de revenu. La présente définition exclut les banques, les banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur les banques*, les compagnies de télégraphe, les compagnies d'assurances et les sociétés auxquelles s'applique la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*. (*company*)

L.R., ch. 35 (4^e suppl.)

Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada

2000, ch. 15, par. 17(1)

90 (1) Les alinéas 6(1)(b) et c) de la Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada sont abrogés.

2001, ch. 35, par. 1(2) et (3)

(2) Les paragraphes 6(2) et (3) de la même loi sont abrogés.

2000, ch. 15, par. 17(2)

(3) Les paragraphes 6(6) à (7) de la même loi sont remplacés par ce qui suit :

Définition de *aéronef*

(6) Au présent article, ***aéronef*** s'entend au sens du paragraphe 3(1) de la *Loi sur l'aéronautique*.

2009, ch. 2

Loi d'exécution du budget de 2009

91 Les parties 14 et 15 de la Loi d'exécution du budget de 2009 sont abrogées.

2014, ch. 8

Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain

92 Le paragraphe 5.1(2) de la Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain est abrogé.

93 Le paragraphe 8(2) de la même loi est abrogé.

94 Subsection 15(1) of the Act is replaced by the following:

August 1, 2016

15 (1) Subsections 6(2), 7(2), 9(2), 10(2), 11(2) and 12(2) come into force on August 1, 2016 unless, before that day, their coming into force is postponed by a resolution — whose text is established under subsection (2) — passed by both Houses of Parliament in accordance with the rules set out in subsection (3).

Coordinating Amendments

2014, c. 8

95 (1) In this section, *other Act* means the *Fair Rail for Grain Farmers Act*.

(2) If subsection 5.1(2) of the other Act comes into force before section 92 of this Act, then:

(a) that section 92 is deemed never to have come into force and is repealed;

(b) subsection 23(4) of this Act is deemed never to have come into force and is repealed; and

(c) subsection 116(4) of the *Canada Transportation Act* is amended by adding the following after paragraph (c):

(c.1) order the company to compensate any person adversely affected for any expenses that they incurred as a result of the company's failure to fulfil its service obligations or, if the company is a party to a confidential contract with a shipper that requires the company to pay an amount of compensation for expenses incurred by the shipper as a result of the company's failure to fulfil its service obligations, order the company to pay that amount to the shipper;

(3) If subsection 5.1(2) of the other Act comes into force on the same day as section 92 of this Act, then that subsection 5.1(2) and that section 92 are deemed never to have come into force and are repealed.

(4) On the first day on which both subsection 7(2) of the other Act and subsection 26(1) of this Act are in force, subsections 127(2) and (3) of the *Canada Transportation Act* are replaced by the following:

94 Le paragraphe 15(1) de la même loi est remplacé par ce qui suit :

1^{er} août 2016

15 (1) Les paragraphes 6(2), 7(2), 9(2), 10(2), 11(2) et 12(2) entrent en vigueur le 1^{er} août 2016, sauf si, avant cette date, l'entrée en vigueur de ces dispositions est prorogée par résolution — dont le texte est établi au titre du paragraphe (2) — adoptée par les deux chambres du Parlement en conformité avec le paragraphe (3).

Dispositions de coordination

2014, ch. 8

95 (1) Au présent article, *autre loi* s'entend de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*.

(2) Si le paragraphe 5.1(2) de l'autre loi entre en vigueur avant l'article 92 de la présente loi :

a) cet article 92 est réputé ne pas être entré en vigueur et est abrogé;

b) le paragraphe 23(4) de la présente loi est réputé ne pas être entré en vigueur et est abrogé;

c) le paragraphe 116(4) de la *Loi sur les transports au Canada* est modifié par adjonction, après l'alinéa c), de ce qui suit :

c.1) ordonner à la compagnie d'indemniser toute personne lésée des dépenses qu'elle a supportées en conséquence du non-respect des obligations de la compagnie ou, si celle-ci est partie à un contrat confidentiel avec un expéditeur qui prévoit qu'elle versera, en cas de manquement à ses obligations, une indemnité pour les dépenses que l'expéditeur a supportées en conséquence du non-respect des obligations de la compagnie, lui ordonner de verser à l'expéditeur cette indemnité;

(3) Si l'entrée en vigueur du paragraphe 5.1(2) de l'autre loi et celle de l'article 92 de la présente loi sont concomitantes, ce paragraphe 5.1(2) et cet article 92 sont réputés ne pas être entrés en vigueur et sont abrogés.

(4) Dès le premier jour où le paragraphe 7(2) de l'autre loi et le paragraphe 26(1) de la présente loi sont tous deux en vigueur, les paragraphes 127(2) et (3) de la *Loi sur les transports au Canada* sont remplacés par ce qui suit :

Order

(2) If the point of origin or destination of a continuous movement of traffic is within a radius of 30 km of an interchange, the Agency may order

- (a) one of the companies to interswitch the traffic; and
- (b) the railway companies to provide reasonable facilities for the convenient interswitching of traffic in both directions at an interchange between the lines of either railway and those of other railway companies connecting with them.

Interswitching limits

(3) If the point of origin or destination of a continuous movement of traffic is within a radius of 30 km of an interchange, a railway company shall not transfer the traffic at the interchange except in accordance with the regulations and the interswitching rate.

(5) On the first day on which both subsection 7(2) of the other Act and section 29 of this Act are in force,

(a) paragraph 129(3)(a) of the *Canada Transportation Act* is replaced by the following:

(a) if the point of origin or destination that is served exclusively by the local carrier is within a radius of 30 km of an interchange in Canada that is in the reasonable direction of the shipper's traffic and its destination;

(b) paragraph 135(1)(a) of the *Canada Transportation Act* is replaced by the following:

(a) for the first 30 km, the rate is to be the interswitching rate; and

(6) If subsection 8(2) of the other Act comes into force before section 93 of this Act, then

(a) that section 93 is deemed never to have come into force and is repealed;

(b) section 169.31 of the *Canada Transportation Act* is amended by adding the following after subsection (1):

Interconnexion

(2) Si le point d'origine ou le point de destination d'un transport continu est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance, l'Office peut ordonner :

a) à l'une des compagnies d'effectuer l'interconnexion;

b) aux compagnies de fournir les installations convenables pour permettre l'interconnexion, d'une manière commode et dans les deux directions, à un lieu de correspondance, du trafic, entre les lignes de l'un ou l'autre chemin de fer et celles des autres compagnies de chemins de fer qui y sont raccordées.

Limites

(3) Si le point d'origine ou le point de destination d'un transport continu est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance, le transfert de trafic par une compagnie de chemin de fer à ce lieu de correspondance est subordonné au respect des règlements et du prix fixé en application de l'article 127.1.

(5) Dès le premier jour où le paragraphe 7(2) de l'autre loi et l'article 29 de la présente loi sont tous deux en vigueur :

a) l'alinéa 129(3)a) de la *Loi sur les transports au Canada* est remplacé par ce qui suit :

a) celui du point d'origine ou du point de destination du transport qui est desservi exclusivement par le transporteur local est situé dans un rayon de trente kilomètres d'un lieu de correspondance situé au Canada qui est dans la direction la plus judicieuse du transport vers sa destination;

b) l'alinéa 135(1)a) de la *Loi sur les transports au Canada* est remplacé par ce qui suit :

a) pour les trente premiers kilomètres, le prix est celui fixé en application de l'article 127.1;

(6) Si le paragraphe 8(2) de l'autre loi entre en vigueur avant l'article 93 de la présente loi,

a) cet article 93 est réputé ne pas être entré en vigueur et est abrogé;

b) l'article 169.31 de la *Loi sur les transports au Canada* est modifié par adjonction, après le paragraphe (1), de ce qui suit :

Regulations

(1.1) The Agency may make regulations specifying what constitutes operational terms for the purposes of paragraphs (1)(a) to (c).

(c) this Act is amended by adding the following after section 81:

Revival of regulations — operational terms

81.1 The *Regulations on Operational Terms for Rail Level of Services Arbitration*, except sections 6 and 7 of those regulations, as they read immediately before the day on which subsection 8(2) of the *Fair Rail for Grain Farmers Act* comes into force, are revived and are deemed to be regulations made under subsection 169.31(1.1) of the *Canada Transportation Act* as amended by this Act.

(7) If subsection 8(2) of the other Act comes into force on the same day as section 93 of this Act, then that subsection 8(2) and that section 93 are deemed never to have come into force and are repealed.

(8) If subsections (2) and (6) or subsections (3) and (7) apply, then section 94 is deemed never to have come into force and is repealed.

2015, c. 31

96 (1) In this section, *other Act* means the *Safe and Accountable Rail Act*.

(2) On the first day on which both section 54 of this Act is in force and subsection 38(2) of the other Act has produced its effects, the portion of subsection 178(1) of the *Canada Transportation Act* before paragraph (a) is replaced by the following:

Notices of violation

178 (1) The Agency, in respect of a violation referred to in subsection 177(1) or (2.1), or the Minister, in respect of a violation referred to in subsection 177(2), (2.01) or (2.2), may

(3) On the first day on which both section 58 of this Act is in force and subsection 38(3) of the other Act has produced its effects, subsection

Règlement

(1.1) L'Office peut, par règlement, préciser ce qui constitue des conditions d'exploitation pour l'application des alinéas (1)a) à c).

c) la présente loi est modifiée par adjonction, après l'article 81, de ce qui suit :

Rétablissement des règlements — conditions d'exploitation

81.1 Le *Règlement sur les conditions d'exploitation visées par l'arbitrage ferroviaire portant sur le niveau de services*, exception faite des articles 6 et 7 de celui-ci, dans sa version antérieure à la date d'entrée en vigueur du paragraphe 8(2) de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain*, est rétabli et est réputé avoir été pris en vertu du paragraphe 169.31(1.1) de la *Loi sur les transports au Canada* dans sa version modifiée par la présente loi.

(7) Si l'entrée en vigueur du paragraphe 8(2) de l'autre loi et celle de l'article 93 de la présente loi sont concomitantes, ce paragraphe 8(2) et cet article 93 sont réputés ne pas être entrés en vigueur et sont abrogés.

(8) Si les paragraphes (2) et (6) ou les paragraphes (3) et (7) s'appliquent, l'article 94 de la présente loi est réputé ne pas être entré en vigueur et est abrogé.

2015, ch. 31

96 (1) Au présent article, *autre loi* s'entend de la *Loi sur la sécurité et l'imputabilité en matière ferroviaire*.

(2) Dès le premier jour où, à la fois, l'article 54 de la présente loi est en vigueur et les effets du paragraphe 38(2) de l'autre loi ont été produits, le paragraphe 178(1) de la *Loi sur les transports au Canada* est remplacé par ce qui suit :

Procès-verbaux

178 (1) L'Office, à l'égard d'une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(1) ou (2.1), ou le ministre, à l'égard d'une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(2), (2.01) ou (2.2), peut désigner, individuellement ou par catégorie, les agents verbalisateurs et déterminer la forme et la teneur des procès-verbaux de violation.

(3) Dès le premier jour où, à la fois, l'article 58 de la présente loi est en vigueur et les effets du paragraphe 38(3) de l'autre loi ont été produits, le

180.8(2) of the *Canada Transportation Act* is replaced by the following:

Delegation by Minister

(2) In the case of a violation referred to in subsection 177(2), (2.01) or (2.2), the Minister may delegate to the Agency any power, duty or function conferred on him or her under this Part.

Bill C-25

97 (1) Subsections (2) to (4) apply if Bill C-25, introduced in the 1st session of the 42nd Parliament and entitled *An Act to amend the Canada Business Corporations Act, the Canada Cooperatives Act, the Canada Not-for-profit Corporations Act and the Competition Act* (in this section referred to as the *other Act*), receives royal assent.

(2) If section 111 of the other Act comes into force before section 86 of this Act, on the day on which section 86 comes into force, paragraph 47(3)(a) of the *Competition Act* is replaced by the following:

(a) an agreement or arrangement that is entered into or a submission that is arrived at only by parties each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate; or

(3) If section 86 of this Act comes into force before section 111 of the other Act, then:

(a) that section 111 is deemed never to have come into force and is repealed; and

(b) paragraph 47(3)(a) of the *Competition Act* is replaced by the following:

(a) an agreement or arrangement that is entered into or a submission that is arrived at only by parties each of which is, in respect of every one of the others, an affiliate; or

(4) If section 111 of the other Act comes into force on the same day as section 86 of this Act, then that section 111 is deemed to have come into force before that section 86 and subsection (2) applies as a consequence.

paragraphe 180.8(2) de la *Loi sur les transports au Canada* est remplacé par ce qui suit :

Délégation ministérielle

(2) S'il s'agit d'une contravention à un texte désigné au titre des paragraphes 177(2), (2.01) ou (2.2), le ministre peut déléguer à l'Office les attributions que lui confère la présente partie.

Projet de loi C-25

97 (1) Les paragraphes (2) à (4) s'appliquent en cas de sanction du projet de loi C-25, déposé au cours de la 1^{re} session de la 42^e législature et intitulé *Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions, la Loi canadienne sur les coopératives, la Loi canadienne sur les organisations à but non lucratif et la Loi sur la concurrence* (appelé « autre loi » au présent article).

(2) Si l'article 111 de l'autre loi entre en vigueur avant l'article 86 de la présente loi, à la date d'entrée en vigueur de l'article 86, l'alinéa 47(3)a) de la *Loi sur la concurrence* est remplacé par ce qui suit :

a) à un accord, à un arrangement ou à une soumission intervenu exclusivement entre des parties qui sont chacune des affiliées de toutes les autres;

(3) Si l'article 86 de la présente loi entre en vigueur avant l'article 111 de l'autre loi :

a) cet article 111 est réputé ne pas être entré en vigueur et est abrogé;

b) l'alinéa 47(3)a) de la *Loi sur la concurrence* est remplacé par ce qui suit :

a) à un accord, à un arrangement ou à une soumission intervenu exclusivement entre des parties qui sont chacune des affiliées de toutes les autres;

(4) Si l'entrée en vigueur de l'article 111 de l'autre loi et celle de l'article 86 de la présente loi sont concomitantes, cet article 111 est réputé être entré en vigueur avant cet article 86, le paragraphe (2) s'appliquant en conséquence.

Coming into Force

Order in council

98 (1) Sections 14, 78 and 83 to 88 come into force on a day to be fixed by order of the Governor in Council.

Order in council

(2) Sections 15, 16, 90 and 91 come into force on a day to be fixed by order of the Governor in Council.

2014, c. 8

(3) Subsections 26(2) and 28(2) come into force on the day on which subsection 7(2) of the *Fair Rail for Grain Farmers Act* comes into force, or, if it is later, the day on which this Act receives royal assent.

Order in council

(4) Sections 61 to 67 come into force on a day to be fixed by order of the Governor in Council.

Order in council

(5) If Bill C-30, introduced in the 1st session of the 42nd Parliament and entitled the *Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, receives royal assent, then sections 70 to 72 come into force on a day to be fixed by order of the Governor in Council, but that day must be after the day on which sections 91 to 94 of that Act come into force.

Bill C-44

(6) If Bill C-44, introduced in the 1st session of the 42nd Parliament and entitled the *Budget Implementation Act, 2017, No. 1*, receives royal assent, then sections 73 and 74 come into force on the first day on which both that Act and this Act have received royal assent.

180 days after royal assent

(7) Section 77 comes into force 180 days after the day on which this Act receives royal assent.

Entrée en vigueur

Décret

98 (1) Les articles 14, 78 et 83 à 88 entrent en vigueur à la date fixée par décret.

Décret

(2) Les articles 15, 16, 90 et 91 entrent en vigueur à la date fixée par décret.

2014, ch. 8

(3) Les paragraphes 26(2) et 28(2) entrent en vigueur à la date d'entrée en vigueur du paragraphe 7(2) de la *Loi sur le transport ferroviaire équitable pour les producteurs de grain* ou, si elle est postérieure, à la date de sanction de la présente loi.

Décret

(4) Les articles 61 à 67 entrent en vigueur à la date fixée par décret.

Décret

(5) En cas de sanction du projet de loi C-30, déposé au cours de la 1^{re} session de la 42^e législature et intitulé *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, les articles 70 à 72 entrent en vigueur à la date fixée par décret, laquelle doit être postérieure à la date d'entrée en vigueur des articles 91 à 94 de cette loi.

Projet de loi C-44

(6) En cas de sanction du projet de loi C-44, déposé au cours de la 1^{re} session de la 42^e législature et intitulé *Loi n^o1 d'exécution du budget de 2017*, les articles 73 et 74 entrent en vigueur dès le premier jour où cette loi et la présente loi ont toutes deux reçu la sanction.

Cent quatre-vingts jours après la sanction

(7) L'article 77 entre en vigueur cent quatre-vingts jours après la date de sanction de la présente loi.

TAB 2

I

(Acts whose publication is obligatory)

**REGULATION (EC) No 261/2004 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL
of 11 February 2004
establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied
boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EEC) No 295/91
(Text with EEA relevance)**

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION,

Having regard to the Treaty establishing the European Community, and in particular Article 80(2) thereof,

Having regard to the proposal from the Commission ⁽¹⁾,

Having regard to the opinion of the European Economic and Social Committee ⁽²⁾,

After consulting the Committee of the Regions,

Acting in accordance with the procedure laid down in Article 251 of the Treaty ⁽³⁾, in the light of the joint text approved by the Conciliation Committee on 1 December 2003,

Whereas:

(1) Action by the Community in the field of air transport should aim, among other things, at ensuring a high level of protection for passengers. Moreover, full account should be taken of the requirements of consumer protection in general.

(2) Denied boarding and cancellation or long delay of flights cause serious trouble and inconvenience to passengers.

(3) While Council Regulation (EEC) No 295/91 of 4 February 1991 establishing common rules for a denied boarding compensation system in scheduled air transport ⁽⁴⁾ created basic protection for passengers, the number of passengers denied boarding against their will remains too high, as does that affected by cancellations without prior warning and that affected by long delays.

(4) The Community should therefore raise the standards of protection set by that Regulation both to strengthen the rights of passengers and to ensure that air carriers operate under harmonised conditions in a liberalised market.

(5) Since the distinction between scheduled and non-scheduled air services is weakening, such protection should apply to passengers not only on scheduled but also on non-scheduled flights, including those forming part of package tours.

(6) The protection accorded to passengers departing from an airport located in a Member State should be extended to those leaving an airport located in a third country for one situated in a Member State, when a Community carrier operates the flight.

(7) In order to ensure the effective application of this Regulation, the obligations that it creates should rest with the operating air carrier who performs or intends to perform a flight, whether with owned aircraft, under dry or wet lease, or on any other basis.

(8) This Regulation should not restrict the rights of the operating air carrier to seek compensation from any person, including third parties, in accordance with the law applicable.

(9) The number of passengers denied boarding against their will should be reduced by requiring air carriers to call for volunteers to surrender their reservations, in exchange for benefits, instead of denying passengers boarding, and by fully compensating those finally denied boarding.

⁽¹⁾ OJ C 103 E, 30.4.2002, p. 225 and OJ C 71 E, 25.3.2003, p. 188.

⁽²⁾ OJ C 241, 7.10.2002, p. 29.

⁽³⁾ Opinion of the European Parliament of 24 October 2002 (OJ C 300 E, 11.12.2003, p. 443), Council Common Position of 18 March 2003 (OJ C 125 E, 27.5.2003, p. 63) and Position of the European Parliament of 3 July 2003. Legislative Resolution of the European Parliament of 18 December 2003 and Council Decision of 26 January 2004.

⁽⁴⁾ OJ L 36, 8.2.1991, p. 5.

- (10) Passengers denied boarding against their will should be able either to cancel their flights, with reimbursement of their tickets, or to continue them under satisfactory conditions, and should be adequately cared for while awaiting a later flight.
- (11) Volunteers should also be able to cancel their flights, with reimbursement of their tickets, or continue them under satisfactory conditions, since they face difficulties of travel similar to those experienced by passengers denied boarding against their will.
- (12) The trouble and inconvenience to passengers caused by cancellation of flights should also be reduced. This should be achieved by inducing carriers to inform passengers of cancellations before the scheduled time of departure and in addition to offer them reasonable re-routing, so that the passengers can make other arrangements. Air carriers should compensate passengers if they fail to do this, except when the cancellation occurs in extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken.
- (13) Passengers whose flights are cancelled should be able either to obtain reimbursement of their tickets or to obtain re-routing under satisfactory conditions, and should be adequately cared for while awaiting a later flight.
- (14) As under the Montreal Convention, obligations on operating air carriers should be limited or excluded in cases where an event has been caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. Such circumstances may, in particular, occur in cases of political instability, meteorological conditions incompatible with the operation of the flight concerned, security risks, unexpected flight safety shortcomings and strikes that affect the operation of an operating air carrier.
- (15) Extraordinary circumstances should be deemed to exist where the impact of an air traffic management decision in relation to a particular aircraft on a particular day gives rise to a long delay, an overnight delay, or the cancellation of one or more flights by that aircraft, even though all reasonable measures had been taken by the air carrier concerned to avoid the delays or cancellations.
- (16) In cases where a package tour is cancelled for reasons other than the flight being cancelled, this Regulation should not apply.
- (17) Passengers whose flights are delayed for a specified time should be adequately cared for and should be able to cancel their flights with reimbursement of their tickets or to continue them under satisfactory conditions.
- (18) Care for passengers awaiting an alternative or a delayed flight may be limited or declined if the provision of the care would itself cause further delay.
- (19) Operating air carriers should meet the special needs of persons with reduced mobility and any persons accompanying them.
- (20) Passengers should be fully informed of their rights in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, so that they can effectively exercise their rights.
- (21) Member States should lay down rules on sanctions applicable to infringements of the provisions of this Regulation and ensure that these sanctions are applied. The sanctions should be effective, proportionate and dissuasive.
- (22) Member States should ensure and supervise general compliance by their air carriers with this Regulation and designate an appropriate body to carry out such enforcement tasks. The supervision should not affect the rights of passengers and air carriers to seek legal redress from courts under procedures of national law.
- (23) The Commission should analyse the application of this Regulation and should assess in particular the opportunity of extending its scope to all passengers having a contract with a tour operator or with a Community carrier, when departing from a third country airport to an airport in a Member State.
- (24) Arrangements for greater cooperation over the use of Gibraltar airport were agreed in London on 2 December 1987 by the Kingdom of Spain and the United Kingdom in a joint declaration by the Ministers of Foreign Affairs of the two countries. Such arrangements have yet to enter into operation.
- (25) Regulation (EEC) No 295/91 should accordingly be repealed,

HAVE ADOPTED THIS REGULATION:

Article 1

Subject

1. This Regulation establishes, under the conditions specified herein, minimum rights for passengers when:
- they are denied boarding against their will;
 - their flight is cancelled;
 - their flight is delayed.

2. Application of this Regulation to Gibraltar airport is understood to be without prejudice to the respective legal positions of the Kingdom of Spain and the United Kingdom with regard to the dispute over sovereignty over the territory in which the airport is situated.

3. Application of this Regulation to Gibraltar airport shall be suspended until the arrangements in the Joint Declaration made by the Foreign Ministers of the Kingdom of Spain and the United Kingdom on 2 December 1987 enter into operation. The Governments of Spain and the United Kingdom will inform the Council of such date of entry into operation.

Article 2

Definitions

For the purposes of this Regulation:

- (a) 'air carrier' means an air transport undertaking with a valid operating licence;
- (b) 'operating air carrier' means an air carrier that performs or intends to perform a flight under a contract with a passenger or on behalf of another person, legal or natural, having a contract with that passenger;
- (c) 'Community carrier' means an air carrier with a valid operating licence granted by a Member State in accordance with the provisions of Council Regulation (EEC) No 2407/92 of 23 July 1992 on licensing of air carriers ⁽¹⁾;
- (d) 'tour operator' means, with the exception of an air carrier, an organiser within the meaning of Article 2, point 2, of Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours ⁽²⁾;
- (e) 'package' means those services defined in Article 2, point 1, of Directive 90/314/EEC;
- (f) 'ticket' means a valid document giving entitlement to transport, or something equivalent in paperless form, including electronic form, issued or authorised by the air carrier or its authorised agent;
- (g) 'reservation' means the fact that the passenger has a ticket, or other proof, which indicates that the reservation has been accepted and registered by the air carrier or tour operator;
- (h) 'final destination' means the destination on the ticket presented at the check-in counter or, in the case of directly connecting flights, the destination of the last flight; alternative connecting flights available shall not be taken into account if the original planned arrival time is respected;
- (i) 'person with reduced mobility' means any person whose mobility is reduced when using transport because of any physical disability (sensory or locomotory, permanent or temporary), intellectual impairment, age or any other cause

of disability, and whose situation needs special attention and adaptation to the person's needs of the services made available to all passengers;

- (j) 'denied boarding' means a refusal to carry passengers on a flight, although they have presented themselves for boarding under the conditions laid down in Article 3(2), except where there are reasonable grounds to deny them boarding, such as reasons of health, safety or security, or inadequate travel documentation;
- (k) 'volunteer' means a person who has presented himself for boarding under the conditions laid down in Article 3(2) and responds positively to the air carrier's call for passengers prepared to surrender their reservation in exchange for benefits.
- (l) 'cancellation' means the non-operation of a flight which was previously planned and on which at least one place was reserved.

Article 3

Scope

1. This Regulation shall apply:
 - (a) to passengers departing from an airport located in the territory of a Member State to which the Treaty applies;
 - (b) to passengers departing from an airport located in a third country to an airport situated in the territory of a Member State to which the Treaty applies, unless they received benefits or compensation and were given assistance in that third country, if the operating air carrier of the flight concerned is a Community carrier.
2. Paragraph 1 shall apply on the condition that passengers:
 - (a) have a confirmed reservation on the flight concerned and, except in the case of cancellation referred to in Article 5, present themselves for check-in,
 - as stipulated and at the time indicated in advance and in writing (including by electronic means) by the air carrier, the tour operator or an authorised travel agent,
 - or, if no time is indicated,
 - not later than 45 minutes before the published departure time; or
 - (b) have been transferred by an air carrier or tour operator from the flight for which they held a reservation to another flight, irrespective of the reason.
3. This Regulation shall not apply to passengers travelling free of charge or at a reduced fare not available directly or indirectly to the public. However, it shall apply to passengers having tickets issued under a frequent flyer programme or other commercial programme by an air carrier or tour operator.

⁽¹⁾ OJ L 240, 24.8.1992, p. 1.

⁽²⁾ OJ L 158, 23.6.1990, p. 59.

4. This Regulation shall only apply to passengers transported by motorised fixed wing aircraft.

5. This Regulation shall apply to any operating air carrier providing transport to passengers covered by paragraphs 1 and 2. Where an operating air carrier which has no contract with the passenger performs obligations under this Regulation, it shall be regarded as doing so on behalf of the person having a contract with that passenger.

6. This Regulation shall not affect the rights of passengers under Directive 90/314/EEC. This Regulation shall not apply in cases where a package tour is cancelled for reasons other than cancellation of the flight.

Article 4

Denied boarding

1. When an operating air carrier reasonably expects to deny boarding on a flight, it shall first call for volunteers to surrender their reservations in exchange for benefits under conditions to be agreed between the passenger concerned and the operating air carrier. Volunteers shall be assisted in accordance with Article 8, such assistance being additional to the benefits mentioned in this paragraph.

2. If an insufficient number of volunteers comes forward to allow the remaining passengers with reservations to board the flight, the operating air carrier may then deny boarding to passengers against their will.

3. If boarding is denied to passengers against their will, the operating air carrier shall immediately compensate them in accordance with Article 7 and assist them in accordance with Articles 8 and 9.

Article 5

Cancellation

1. In case of cancellation of a flight, the passengers concerned shall:

- (a) be offered assistance by the operating air carrier in accordance with Article 8; and
- (b) be offered assistance by the operating air carrier in accordance with Article 9(1)(a) and 9(2), as well as, in event of re-routing when the reasonably expected time of departure of the new flight is at least the day after the departure as it was planned for the cancelled flight, the assistance specified in Article 9(1)(b) and 9(1)(c); and
- (c) have the right to compensation by the operating air carrier in accordance with Article 7, unless:
 - (i) they are informed of the cancellation at least two weeks before the scheduled time of departure; or

- (ii) they are informed of the cancellation between two weeks and seven days before the scheduled time of departure and are offered re-routing, allowing them to depart no more than two hours before the scheduled time of departure and to reach their final destination less than four hours after the scheduled time of arrival; or

- (iii) they are informed of the cancellation less than seven days before the scheduled time of departure and are offered re-routing, allowing them to depart no more than one hour before the scheduled time of departure and to reach their final destination less than two hours after the scheduled time of arrival.

2. When passengers are informed of the cancellation, an explanation shall be given concerning possible alternative transport.

3. An operating air carrier shall not be obliged to pay compensation in accordance with Article 7, if it can prove that the cancellation is caused by extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken.

4. The burden of proof concerning the questions as to whether and when the passenger has been informed of the cancellation of the flight shall rest with the operating air carrier.

Article 6

Delay

1. When an operating air carrier reasonably expects a flight to be delayed beyond its scheduled time of departure:

- (a) for two hours or more in the case of flights of 1 500 kilometres or less; or
- (b) for three hours or more in the case of all intra-Community flights of more than 1 500 kilometres and of all other flights between 1 500 and 3 500 kilometres; or

- (c) for four hours or more in the case of all flights not falling under (a) or (b),

passengers shall be offered by the operating air carrier:

- (i) the assistance specified in Article 9(1)(a) and 9(2); and
- (ii) when the reasonably expected time of departure is at least the day after the time of departure previously announced, the assistance specified in Article 9(1)(b) and 9(1)(c); and
- (iii) when the delay is at least five hours, the assistance specified in Article 8(1)(a).

2. In any event, the assistance shall be offered within the time limits set out above with respect to each distance bracket.

*Article 7***Right to compensation**

1. Where reference is made to this Article, passengers shall receive compensation amounting to:

- (a) EUR 250 for all flights of 1 500 kilometres or less;
- (b) EUR 400 for all intra-Community flights of more than 1 500 kilometres, and for all other flights between 1 500 and 3 500 kilometres;
- (c) EUR 600 for all flights not falling under (a) or (b).

In determining the distance, the basis shall be the last destination at which the denial of boarding or cancellation will delay the passenger's arrival after the scheduled time.

2. When passengers are offered re-routing to their final destination on an alternative flight pursuant to Article 8, the arrival time of which does not exceed the scheduled arrival time of the flight originally booked

- (a) by two hours, in respect of all flights of 1 500 kilometres or less; or
- (b) by three hours, in respect of all intra-Community flights of more than 1 500 kilometres and for all other flights between 1 500 and 3 500 kilometres; or
- (c) by four hours, in respect of all flights not falling under (a) or (b),

the operating air carrier may reduce the compensation provided for in paragraph 1 by 50 %.

3. The compensation referred to in paragraph 1 shall be paid in cash, by electronic bank transfer, bank orders or bank cheques or, with the signed agreement of the passenger, in travel vouchers and/or other services.

4. The distances given in paragraphs 1 and 2 shall be measured by the great circle route method.

*Article 8***Right to reimbursement or re-routing**

1. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered the choice between:

- (a) — reimbursement within seven days, by the means provided for in Article 7(3), of the full cost of the ticket at the price at which it was bought, for the part or parts of the journey not made, and for the part or parts already made if the flight is no longer serving any purpose in relation to the passenger's original travel plan, together with, when relevant,
 - a return flight to the first point of departure, at the earliest opportunity;
- (b) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at the earliest opportunity; or

(c) re-routing, under comparable transport conditions, to their final destination at a later date at the passenger's convenience, subject to availability of seats.

2. Paragraph 1(a) shall also apply to passengers whose flights form part of a package, except for the right to reimbursement where such right arises under Directive 90/314/EEC.

3. When, in the case where a town, city or region is served by several airports, an operating air carrier offers a passenger a flight to an airport alternative to that for which the booking was made, the operating air carrier shall bear the cost of transferring the passenger from that alternative airport either to that for which the booking was made, or to another close-by destination agreed with the passenger.

*Article 9***Right to care**

1. Where reference is made to this Article, passengers shall be offered free of charge:

- (a) meals and refreshments in a reasonable relation to the waiting time;
- (b) hotel accommodation in cases
 - where a stay of one or more nights becomes necessary, or
 - where a stay additional to that intended by the passenger becomes necessary;
- (c) transport between the airport and place of accommodation (hotel or other).

2. In addition, passengers shall be offered free of charge two telephone calls, telex or fax messages, or e-mails.

3. In applying this Article, the operating air carrier shall pay particular attention to the needs of persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as to the needs of unaccompanied children.

*Article 10***Upgrading and downgrading**

1. If an operating air carrier places a passenger in a class higher than that for which the ticket was purchased, it may not request any supplementary payment.

2. If an operating air carrier places a passenger in a class lower than that for which the ticket was purchased, it shall within seven days, by the means provided for in Article 7(3), reimburse

- (a) 30 % of the price of the ticket for all flights of 1 500 kilometres or less, or

- (b) 50 % of the price of the ticket for all intra-Community flights of more than 1 500 kilometres, except flights between the European territory of the Member States and the French overseas departments, and for all other flights between 1 500 and 3 500 kilometres, or
- (c) 75 % of the price of the ticket for all flights not falling under (a) or (b), including flights between the European territory of the Member States and the French overseas departments.

Article 11

Persons with reduced mobility or special needs

1. Operating air carriers shall give priority to carrying persons with reduced mobility and any persons or certified service dogs accompanying them, as well as unaccompanied children.
2. In cases of denied boarding, cancellation and delays of any length, persons with reduced mobility and any persons accompanying them, as well as unaccompanied children, shall have the right to care in accordance with Article 9 as soon as possible.

Article 12

Further compensation

1. This Regulation shall apply without prejudice to a passenger's rights to further compensation. The compensation granted under this Regulation may be deducted from such compensation.
2. Without prejudice to relevant principles and rules of national law, including case-law, paragraph 1 shall not apply to passengers who have voluntarily surrendered a reservation under Article 4(1).

Article 13

Right of redress

In cases where an operating air carrier pays compensation or meets the other obligations incumbent on it under this Regulation, no provision of this Regulation may be interpreted as restricting its right to seek compensation from any person, including third parties, in accordance with the law applicable. In particular, this Regulation shall in no way restrict the operating air carrier's right to seek reimbursement from a tour operator or another person with whom the operating air carrier has a contract. Similarly, no provision of this Regulation may be interpreted as restricting the right of a tour operator or a third party, other than a passenger, with whom an operating air carrier has a contract, to seek reimbursement or compensation from the operating air carrier in accordance with applicable relevant laws.

Article 14

Obligation to inform passengers of their rights

1. The operating air carrier shall ensure that at check-in a clearly legible notice containing the following text is displayed in a manner clearly visible to passengers: 'If you are denied boarding or if your flight is cancelled or delayed for at least two hours, ask at the check-in counter or boarding gate for the text stating your rights, particularly with regard to compensation and assistance'.
2. An operating air carrier denying boarding or cancelling a flight shall provide each passenger affected with a written notice setting out the rules for compensation and assistance in line with this Regulation. It shall also provide each passenger affected by a delay of at least two hours with an equivalent notice. The contact details of the national designated body referred to in Article 16 shall also be given to the passenger in written form.
3. In respect of blind and visually impaired persons, the provisions of this Article shall be applied using appropriate alternative means.

Article 15

Exclusion of waiver

1. Obligations vis-à-vis passengers pursuant to this Regulation may not be limited or waived, notably by a derogation or restrictive clause in the contract of carriage.
2. If, nevertheless, such a derogation or restrictive clause is applied in respect of a passenger, or if the passenger is not correctly informed of his rights and for that reason has accepted compensation which is inferior to that provided for in this Regulation, the passenger shall still be entitled to take the necessary proceedings before the competent courts or bodies in order to obtain additional compensation.

Article 16

Infringements

1. Each Member State shall designate a body responsible for the enforcement of this Regulation as regards flights from airports situated on its territory and flights from a third country to such airports. Where appropriate, this body shall take the measures necessary to ensure that the rights of passengers are respected. The Member States shall inform the Commission of the body that has been designated in accordance with this paragraph.

2. Without prejudice to Article 12, each passenger may complain to any body designated under paragraph 1, or to any other competent body designated by a Member State, about an alleged infringement of this Regulation at any airport situated on the territory of a Member State or concerning any flight from a third country to an airport situated on that territory.

3. The sanctions laid down by Member States for infringements of this Regulation shall be effective, proportionate and dissuasive.

Article 17

Report

The Commission shall report to the European Parliament and the Council by 1 January 2007 on the operation and the results of this Regulation, in particular regarding:

- the incidence of denied boarding and of cancellation of flights,
- the possible extension of the scope of this Regulation to passengers having a contract with a Community carrier or holding a flight reservation which forms part of a 'package

tour' to which Directive 90/314/EEC applies and who depart from a third-country airport to an airport in a Member State, on flights not operated by Community air carriers,

- the possible revision of the amounts of compensation referred to in Article 7(1).

The report shall be accompanied where necessary by legislative proposals.

Article 18

Repeal

Regulation (EEC) No 295/91 shall be repealed.

Article 19

Entry into force

This Regulation shall enter into force on 17 February 2005.

This Regulation shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

Done at Strasbourg, 11 February 2004.

For the European Parliament

The President

P. COX

For the Council

The President

M. McDOWELL

TAB 3



[Home](#) → [Decisions and determinations](#)

Determination No. A-2020-42

March 13, 2020

DETERMINATION by the Canadian Transportation Agency relating to COVID-19 pandemic – Temporary exemptions to certain provisions of the *Air Passenger Protection Regulations*, SOR/2019-150 (APPR).

Case number: 20-02750

[1] On March 11, 2020, the World Health Organization assessed the outbreak of COVID-19 as a pandemic.

[2] Since the outbreak of the virus, a number of countries, including Canada, have imposed travel bans, restrictions, or advisories.

[3] Public health experts have also recommended behaviours, such as enhanced hygiene practices and social distancing, to mitigate the spread of the virus.

[4] The situation is evolving rapidly, and further restrictions relating to travel may be implemented.

[5] The pandemic is causing a significant decrease in demand for air travel. Flying with many empty aircraft seats can result in significant financial difficulties for air carriers, which may therefore decide to cancel or consolidate flights. Due to the evolving nature of the situation and public behaviours, these decisions may need to be made much closer to a scheduled flight day than would normally be the case.

[6] Other aspects of air carrier operations may also be impacted by the pandemic, including but not limited to staff shortages due to quarantines or refusals to work, additional hygiene practices onboard the aircraft, and passenger health screenings. These factors may result in flight delays.

[7] Under the APPR, air carriers have minimum obligations to passengers when flights are cancelled or delayed. Those obligations depend on whether the disruption was within the control of the air carrier, within the air carrier's control but required for safety, or outside the carrier's control:

- Situations within the air carrier's control: keep the passenger informed, provide standards of treatment (such as food and water), compensate the passenger for inconvenience, and rebook or refund the passenger.
- Situations within the air carrier's control but required for safety: keep the passenger informed, provide standards of treatment, and rebook or refund the passenger.

- Situations outside the air carrier's control: keep the passenger informed and rebook the passenger so the passenger can complete their itinerary.

[8] Section 10 of the APPR provides a non-exhaustive list of situations considered outside the air carrier's control (the third category above). These include medical emergencies and orders or instructions from state officials. In the context of the COVID-19 pandemic, the following would be considered outside a carrier's control:

- flight disruptions to locations that are covered by a government advisory against travel or unnecessary travel due to COVID-19;
- employee quarantine or self-isolation due to COVID-19;
- employee refusal to work under Part II of the *Canada Labour Code*, R.S.C, 1985, c. L-2, (or equivalent law) due to COVID-19; and
- additional hygiene or passenger health screening processes put in place due to COVID-19.

[9] Beyond such situations, air carriers may make decisions that are influenced by the pandemic, including decisions to cancel and consolidate flights due to dropping passenger volumes. Whether such situations are within or outside carrier control would have to be assessed on a case-by-case basis. If the disruption was within the air carrier's control, the air carrier would be subject to more onerous obligations.

[10] In the extraordinary context of this pandemic, reasonable expectations regarding air travel have changed, taking into account government travel bans, restrictions, and advisories; public health practices; and impacts on travel demand and air carrier operations.

CONCLUSION

[11] The Agency finds that, in the context of the significant declines in passenger volumes and disruptions to air carrier operations caused by the COVID-19 pandemic, temporary exemptions to the APPR should be made to provide air carriers with increased flexibility to adjust flight schedules without facing prohibitive costs.

[12] Specifically, the Agency finds it undesirable, in the current extraordinary circumstances, that carriers be obligated to provide compensation for inconvenience to passengers who were informed of a flight delay or a flight cancellation more than 72 hours before their original scheduled departure or to passengers who were delayed at destination by less than six hours. The Agency further finds it undesirable that carriers be required to offer alternative travel arrangements that include flights on other air carriers with which they have no commercial agreement.

ORDER

[13] The Agency orders that all air carriers be exempted from:

- the obligation, under paragraphs 19(1)(a) and 19(1)(b) of the APPR, to pay compensation for inconvenience

- if the flight delay or the flight cancellation is communicated to passengers more than 72 hours before the departure time indicated on the passengers' original ticket; or,
- if the flight delay or the flight cancellation is communicated to the passengers within 72 hours of the departure time indicated on the original ticket, on condition that the carrier pays the passengers the following compensation for inconvenience; in the case of a large carrier,
 - in the case of a large carrier,
 - \$400, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by six hours or more, but less than nine hours, or
 - \$700, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by nine hours or more; and
 - in the case of a small carrier,
 - \$125, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by six hours or more, but less than nine hours, or
 - \$250, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by nine hours or more.
- the obligation, under subsection 19(2) of the APPR to pay compensation for inconvenience to passengers who opted to obtain a refund instead of alternative travel arrangement, if the flight delay or the flight cancellation is communicated to passengers more than 72 hours before the departure time indicated on the passengers' original ticket;
- the obligation, under paragraphs 17(1)(a)(ii), 17(1)(a)(iii), and 18(1)(a)(ii) of the APPR to provide a confirmed reservation on a flight operated by a carrier with which the carrier does not have any commercial agreement.

[14] The exemption is effective immediately, will remain valid until April 30, 2020, and may be extended by a further determination of the Agency, if required.

Member(s)

Scott Streiner
Elizabeth C. Barker

[Back to rulings](#)

[Share this page](#)

Date modified:
2020-03-13

TAB 4



ARRÊTÉ N° 2020-A-32

ORDER NO. 2020-A-32

le 18 mars 2020

RELATIF à la suspension immédiate et temporaire de toutes les instances de règlement des différends concernant les transporteurs aériens.

Cas n° 20-02915

Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a décrété que la COVID-19 était devenue pandémique. Depuis l'écllosion du virus, plusieurs pays, y compris le Canada, ont imposé des interdictions, des restrictions ou des avis concernant les voyages. Le 13 mars 2020, l'Office a ordonné dans la Détermination n° A-2020-42 que tous les transporteurs aériens soient exemptés temporairement de l'application de certaines dispositions du *Règlement sur la protection des passagers aériens*, DORS/2019-150. Le 16 mars 2020, le Gouvernement du Canada a annoncé plusieurs nouvelles mesures relatives à la COVID-19 qui ont une incidence directe sur les transporteurs aériens. En effet, les transporteurs aériens sont maintenant tenus de soumettre tous les passagers à un contrôle médical de base, et de refuser l'embarquement sur les vols internationaux aux passagers présentant des symptômes de la COVID-19, ainsi qu'à de nombreux non-citoyens et non-résidents. Depuis le 18 mars 2020, l'arrivée des vols internationaux est restreinte à quatre aéroports du Canada.

March 18, 2020

IN THE MATTER OF an immediate and temporary stay of all dispute proceedings involving air carriers.

Case No. 20-02915

On March 11, 2020, the World Health Organization assessed the outbreak of COVID-19 as a pandemic. Since the outbreak of the virus, a number of countries, including Canada, have imposed travel bans, restrictions, or advisories. On March 13, 2020, in Determination No. A-2020-42, the Agency ordered that all air carriers be temporarily exempted from certain provisions of the *Air Passenger Protection Regulations*, SOR/2019-150. On March 16, 2020, the Government of Canada announced several new COVID-19 responses which directly affect air carriers. Air carriers are now required to conduct a basic health assessment of all passengers, and to deny boarding for international flights to Canada to passengers who present COVID-19 symptoms, and to many non-citizens and non-residents. As of March 18, 2020, arrivals of international flights are restricted to four airports in Canada.

L'impact de la pandémie de la COVID-19 sur les transporteurs aériens et les passagers est importante et continue de prendre de l'ampleur. Les ressources des transporteurs aériens sont utilisées au maximum pour gérer le retour au pays des Canadiens revenant de l'étranger, la mise en œuvre des nouvelles directives du Gouvernement du Canada et l'ajustement requis en raison des volumes de passagers diminuant rapidement et des restrictions concernant les voyages.

L'Office conclut qu'à la lumière de cette situation exceptionnelle, il serait juste et raisonnable de suspendre temporairement les instances de règlement des différends concernant les transporteurs aériens afin de leur permettre de se concentrer sur les exigences opérationnelles immédiates et urgentes.

ORDONNANCE

Conformément au paragraphe 5(2), à l'alinéa 41(1)d) et à l'article 6 des *Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances)*, DORS/2014-104, l'Office ordonne, de sa propre initiative, que toutes les instances de règlement des différends devant l'Office concernant les transporteurs aériens soient suspendues jusqu'au 30 avril 2020. La suspension prend effet immédiatement et s'applique à toutes les demandes qui sont actuellement devant l'Office, ainsi qu'à toute demande reçue en vue du règlement formel d'un différend durant la période de suspension. L'Office déterminera, au plus tard le 30 avril 2020, si la suspension doit se

The impact of the COVID-19 pandemic on air carriers and passengers is significant and continues to evolve. Air carrier resources are highly stretched as carriers work to bring Canadians home from abroad, implement new Government of Canada directions, and adjust to rapidly dropping passenger volumes and travel restrictions.

The Agency finds that in light of these extraordinary circumstances, it would be just and reasonable to temporarily stay dispute proceedings involving air carriers to permit them to focus on immediate and urgent operational demands.

ORDER

Pursuant to subsection 5(2), paragraph 41(1)(d), and section 6 of the *Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings)*, SOR/2014-104, the Agency, on its own motion, orders that all dispute proceedings before the Agency involving air carriers be stayed until April 30, 2020. The stay is effective immediately and applies to all current applications currently before the Agency, as well as any applications received for dispute adjudication during the stay period. On or before April 30, 2020, the Agency will determine if the stay should end on that date or be extended to a later date. In exceptional circumstances, the Agency may lift the stay on individual cases

terminer à cette date ou si elle doit être prolongée jusqu'à une date ultérieure. Dans des circonstances exceptionnelles, l'Office pourrait lever plus tôt la suspension pour des cas individuels, s'il est nécessaire de le faire dans l'intérêt de la justice.

sooner, where necessary in the interests of justice.

(signature) / (signed)

Scott Streiner
Membre / Member

(signature) / (signed)

Elizabeth C. Barker
Membre / Member

(signature) / (signed)

J. Mark MacKeigan
Membre / Member

(signature) / (signed)

Mary Tobin Oates
Membre / Member

(signature) / (signed)

Heather Smith
Membre / Member

(signature) / (signed)

Gerald Dickie
Membre / Member

(signature) / (signed)

Lenore Duff
Membre / Member