

IN THE FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

DR. GÁBOR LUKÁCS

Applicant

- and -

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

**RESPONDENT'S RECORD
CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY**

John Dodsworth
Senior Counsel
Legal Services Branch
Canadian Transportation Agency
19th Floor
15 Eddy Street
Gatineau, Quebec
K1A 0N9

Tel: 819-953-9324
Fax: 819-953-9269
John.dodsworth@otc-cta.gc.ca

TABLE OF CONTENTS

| Tab | | Page |
|------------|--|-------------|
| 1 | Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016 | 1 |
| | Exhibit A - Agency Decision No. 232-A-1996 | 7 |
| | Exhibit B - Agency Decision No. 292-A-1996 | 15 |
| | Exhibit C - Governor in Council P.C. 1996-849 | 24 |
| | Exhibit D - December 21, 2015 e-mail from the Agency to stakeholders and the Consultation document | 27 |
| | Exhibit E - December 21, 2015 e-mail from the Agency to NewLeaf | 36 |
| | Exhibit F - Media Articles regarding NewLeaf | 38 |
| | Exhibit G - January 18, 2016 e-mail from NewLeaf to the Agency and News Release by NewLeaf | 41 |
| 2 | Memorandum of Fact and Law of the Respondent, Canadian Transportation Agency | 49 |
| | PART I – STATEMENT OF FACTS | |
| | A. Overview | 49 |
| | B. Air Licensing | 51 |
| | C. Greyhound Determination | 52 |
| | D. NewLeaf Inquiry | 53 |
| | E. Public Consultation | 54 |
| | F. The Agency's Determination | 56 |
| | PART II – POINTS IN ISSUE | 59 |
| | PART III – STATEMENT OF SUBMISSIONS | 60 |
| | A. Standard of Review | 60 |

TABLE OF CONTENTS (Cont.)

| Tab | | Page |
|------------|--|-------------|
| | B. The Agency's Decision No. 100-A-2016 was within its authority to make | 62 |
| | C. Costs | 64 |
| | PART IV – ORDER SOUGHT | 66 |
| | PART V – LIST OF AUTHORITIES | 67 |
| | Appendix A – Statutes and Regulations | 68 |
| | <i>Canada Transportation Act</i> , S.C. 1996, c. 10, Part II | |
| | <i>Air Transportation Regulations</i> , SOR/88-58, s. 7, 8, 8.1, 107(1) | |
| | Appendix B - Authorities | |
| 3 | <i>CAIMAW, Local 14 v. Paccar of Canada Ltd.</i> , (1989), 62 D.L.R. (4th) 437 (S.C.C.) | 98 |
| 4 | <i>Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 SCC 57 | 163 |
| 5 | <i>Canadian National Railway Company v. Canadian Transportation Agency</i> , 2013 FCA 270 | 252 |
| 6 | <i>Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)</i> , 2015 FCA 1 | 273 |
| 7 | <i>Lang v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2005 BCCA 244 | 292 |
| 8 | <i>Lukács v. Canada (Transportation Agency)</i> , 2014 FCA 76 | 392 |
| 9 | <i>Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.</i> , 2015 SCC 44 | 351 |
| 10 | <i>Spruce Hollow Heavy Haul Ltd. v. Madill</i> , 2014 FC 548 | 423 |
| | Other Authorities | |
| 11 | Agency Decision No. 100-A-2016 dated March 29, 2016 | 442 |
| 12 | Treasury Board of Canada Secretariat, <i>Values and Ethics Code of the Public Sector</i> , Expected Behaviours | 457 |

Court File No.: A-39-16

IN THE FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

DR. GABOR LUKACS

Applicant

-and-

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

**AFFIDAVIT OF CAROLE GIRARD,
SWORN FEBRUARY 24, 2016**

I, Carole Girard, resident of the City of Gatineau, in the Province of Quebec, MAKE OATH AND SAY AS FOLLOWS:

1. I am the Senior Director of the Regulatory Approvals and Compliance Directorate of the Industry Regulation and Determinations Branch of the Canadian Transportation Agency and, as such, have personal knowledge of the matters hereinafter deposed to.
2. The *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, (CTA) requires that persons hold the appropriate licence before they can operate an air service. A licensee is subject to certain economic, consumer and industry protection safeguards (e.g. tariffs, financial requirements,

and Canadian ownership). The Agency has issued thousands of domestic and international licences.

3. An Indirect Air Service Provider (ISP) is a person who has commercial control over an air service but does not operate aircraft. An ISP makes decisions on matters such as routes, scheduling, pricing, and aircraft to be used, while it charters aircraft from licenced air carriers.
4. In Agency Decision No. 232-A-1996 in relation to a complaint filed by WestJet Airlines Ltd. against Greyhound Lines of Canada Ltd. (Greyhound) and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. (Kelowna) (the Greyhound Decision), the Agency determined that Greyhound would be operating a domestic air service and therefore required Greyhound to hold a domestic licence, despite the fact that it did not operate any aircraft. Attached hereto and marked as Exhibit "A" to my affidavit is a copy of public Agency Decision No. 232-A-1996.
5. Greyhound and Kelowna requested that the Agency review its decision based on new facts and circumstances. The Agency did not vary or rescind its decision. Attached hereto and marked as Exhibit "B" to my affidavit is a copy of public Agency Decision No. 292-A-1996.

6. However, on Petition by Greyhound and Kelowna, the Governor-in-Council varied Decision 232-A-1996, finding that Greyhound will not be the operator of a domestic air service requiring a domestic licence if specified conditions were satisfied. The Governor in Council (in P.C. 1996-849 dated June 7, 1996) rescinded Decision 292-A-1996. Attached hereto and marked as Exhibit "C" to my affidavit is a copy of Governor in Council P.C. 1996-849 dated June 7, 1996.

7. Since then, the Agency has applied its interpretation of the expression "operate an air service" from its Greyhound decision and has issued domestic air licences to ISPs. At the moment there are approximately 14 ISPs that hold a domestic licence, all of which involve small aircraft only.

8. In the spring of 2015, Agency staff became aware of a company named NewLeaf Travel Company Inc. (NewLeaf) that plans to partner with Flair Airlines Inc. (Flair) of Kelowna, BC. NewLeaf's proposed business plan involves the purchase and re-selling of tickets on large aircraft operated by Flair. Flair holds a domestic and non-scheduled international licence issued by the Agency.

9. In August 2015, the Chair of the Agency appointed a Panel pursuant to section 81 of the CTA to launch an inquiry into whether NewLeaf is operating an air service. The Panel was also tasked to review the Agency's longstanding interpretation of the expression "operate an air service". The NewLeaf inquiry constitutes the first time since its Greyhound decision

that the Agency will consider whether an ISP involving large aircraft requires an Agency licence.

10. The Agency Panel decided to hold consultations on the issue of who is operating an air service and is required, as such, to hold a licence; more particularly, whether persons who have commercial control over an air service but do not operate aircraft (Indirect Air Service Providers), should be required to hold a licence. On December 21, 2015, a consultation document was published on the Agency's Web site. Stakeholders were given until January 22, 2016 to submit their comments. The stakeholders were informed that while the review is underway, the Agency will not require persons to apply for a licence as long as the service offered to the public meets all of the following conditions:

- The person does not operate any aircraft;
- The person charters the aircraft's entire capacity, for the purpose of resale to the public;
and
- The air carrier holds the appropriate Agency licence to operate the air service.

Attached hereto and marked as Exhibit "D" to my affidavit is a copy of December 21, 2015 email to stakeholders and the consultation document.

11. On December 21, 2015, NewLeaf was also informed of the Agency's consultation. NewLeaf was also informed that, while the review is underway, the Agency will not require persons to apply for a licence as long as the service offered to the public meets the three conditions

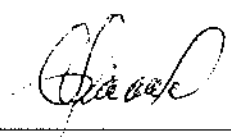
identified in paragraph 10. Attached hereto and marked as Exhibit "E" to my Affidavit is a copy of the December 21, 2015 email to NewLeaf.

12. In the consultation document, the Agency stated that it is re-considering the approach taken in Greyhound. The consultation document identified the approach under consideration to be that ISPs would not normally be required to hold a licence to sell air services directly to the public, as long as they charter licenced air carriers to operate the flights.
13. The stakeholders, including NewLeaf, were advised that should the Agency's review conclude that persons that market and sell an air service to the public, but do not operate any aircraft, are required to hold a licence, they would be informed of such decision and be given reasonable time to apply for the required Agency licence(s).
14. In early January 2016, media articles announced the impending launch of NewLeaf's travel offerings and commencement of online bookings on their Web site. Attached hereto and marked as Exhibit "F" to my affidavit is a copy of a media article referred to above.
15. On January 18, 2016, NewLeaf advised the Agency that it was temporarily postponing sales of airline tickets pending the Agency review. Attached hereto and marked as Exhibit "G" to my affidavit is a copy of the email from NewLeaf to the Agency dated January 18, 2016 as well as a copy of the News Release by NewLeaf.

16. On January 22, 2016, the consultation period closed. Twenty-six submissions were received during the consultation process.

17. This Affidavit is made at the request of counsel to the Canadian Transportation Agency in support of the Respondent's Record to the application for judicial review in this matter and for no other or improper purpose.

DATED at the City of Gatineau, in the Province of Quebec, this 24th day of February, 2016.



SWORN BEFORE ME at the City of Gatineau
in the Province of Quebec, this 24th day of
February, 2016.





On a été informé par A de l'existence
de l'acte de mariage en vertu de l'affidavit

de Carole Girard

le 24th de February 2016

SP/lessard





Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

Canada

[Canadian Transportation Agency \(/eng\)](#)

[Home](#) / [Decisions](#) / [Air](#) / [1996](#) / Decision No. 232-A-1996

Decision No. 232-A-1996

Decision varied by P.C. 1996-849 dated June 7, 1996.

April 19, 1996

**Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) dated April 18, 1996 -
Complaint filed by WestJet Airlines Ltd. against Greyhound Lines of
Canada Ltd. and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd.**

File No. M4205/K14/6052

Docket No. 960315

An erratum to this Decision was issued - In the second paragraph below "March 16, 1996" should read "March 18, 1996".

April 18, 1996

**IN THE MATTER OF a complaint filed by WestJet Airlines Ltd. against
Greyhound Lines of Canada Ltd. and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd.**

File No. M4205/K14/6052

Docket No. 960315

WestJet Airlines Ltd. (hereinafter WestJet) filed a complaint with the National Transportation Agency on February 22, 1996. Copies of the complaint were provided to Greyhound Lines of Canada Ltd. (hereinafter Greyhound) and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. (hereinafter Kelowna) for comments.

On March 11, 1996, Greyhound and Kelowna filed their answers to the complaint of WestJet. On March 15, 1996, WestJet filed its reply to the answers of Greyhound and Kelowna. Upon review of WestJet's March 15th reply, the Agency determined that it contained additional evidence. Accordingly, by letter dated March 16, 1996, Greyhound and Kelowna were provided an opportunity to comment on the new evidence; WestJet would then have the opportunity to respond to any comments received. Greyhound and Kelowna did not provide comments on this new evidence.

By letter dated February 26, 1996, WestJet provided additional comments in support of its complaint. This letter was received by the Agency on March 13, 1996 and copies were provided to Greyhound and Kelowna for comments. On March 18, 1996, Greyhound and Kelowna provided their answers to the letter dated February 26, 1996. On March 19, 1996, WestJet filed its reply.

In reviewing WestJet's reply dated March 19, 1996, the Agency determined that it contained additional evidence and accordingly, by letters dated March 21, 1996, the Agency advised the parties that Greyhound and Kelowna had a right to respond to the new evidence and that WestJet would then have an opportunity to respond to any new comments provided by Greyhound and Kelowna. The Agency also advised the parties that following receipt of all submissions related to the new evidence contained in WestJet's March 19, 1996 reply, the pleadings in respect of the complaint would be closed. On March 25, 1996, Greyhound and Kelowna provided their answers to the new evidence. On March 26, 1996, WestJet filed its reply to these answers.

By letter dated March 29, 1996, the Agency advised the parties that pleadings in respect of the complaint were closed. The Agency further advised the parties that it had concluded that insufficient information and documentation had been filed in order for the Agency to dispose of WestJet's complaint and that Kelowna and

Greyhound were required to file copies with the Agency of "... all agreements, arrangements and contracts that have been or are to be entered into between Kelowna and Greyhound and their affiliates concerning proposed operations, for the Agency's review in confidence.". These documents were filed and attested to by affidavit on April 3, 1996.

POSITION OF WESTJET

WestJet submits that Greyhound is intending to circumvent the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.) (hereinafter the NTA (National Transportation Agency), 1987). WestJet states that the effective control of Greyhound Air lies in the hands of Greyhound who, WestJet submits, in turn is controlled by The Dial Corp. WestJet states that it is of the view that the commercial relationship between Kelowna and Greyhound is intended to circumvent the Canadian ownership requirements of the NTA (National Transportation Agency), 1987.

WestJet states that because Greyhound would not be permitted by the Agency to operate the airline equipment itself, Greyhound has contracted all flight operations to Kelowna. WestJet submits that Greyhound would be responsible for all routes, scheduling, planning, pricing, payload control, marketing activities, service standards and meeting the competitive challenges in the marketplace. WestJet further states that Kelowna would simply operate Greyhound Air's aircraft at a contract rate per available seat mile, without incurring any market risk.

WestJet adds that it was required to meet the strict criteria stipulated by the Agency to ensure that the ownership and control of the airline industry remains in the hands of Canadians, and finds that the arrangement between Greyhound and Kelowna is a "backdoor approach" which is highly offensive.

In its reply dated March 15, 1996, WestJet alleges that certain of Greyhound's actions prior to entering into an agreement with Kelowna indicate Greyhound's awareness that it would not be able to obtain a licence from the Agency as it would not meet Canadian ownership requirements and yet Greyhound pressed ahead and entered into an arrangement with Kelowna. WestJet states that Greyhound's current

plan, as reported in the press, is to market and sell tickets for an airline service, then contract the flying to Kelowna. This, according to WestJet, is an attempt to circumvent the Canadian ownership and control requirements of the domestic licensing process. WestJet submits that an airline is considerably more than the sum of its inanimate aircraft; it is rather the sum total of the human and financial capital required to promote, market and ultimately sell seat inventory and cargo capacity on the aircraft. WestJet argues that, although Kelowna intends to physically operate the aircraft, what transforms those aircraft into an airline are the activities of Greyhound. WestJet asserts that without Greyhound, there is no Greyhound Air and maintains that the mind and control of Greyhound Air lies with Greyhound. It is submitted by WestJet that all marketing efforts, advertising, uniform selection, reservations systems, inventory management, payload control, route selection and scheduling and other key elements are clearly controlled by Greyhound.

POSITION OF GREYHOUND

Greyhound submits that the arrangement with Kelowna is a tour operator-charter carrier arrangement. Greyhound states that the allegations by WestJet concerning the control of the air service are without foundation and that the air service remains completely under the operation and control of Kelowna.

Greyhound expresses the view that there is nothing in either aviation law or policy which prevents a foreign-controlled company entering into charter contracts with Canadian air carriers.

In response to WestJet's allegations that Greyhound controls Kelowna, Greyhound asserts that both it and Kelowna have demonstrably shown that Greyhound does not control Kelowna. Greyhound further submits that it has no equity investment in Kelowna and has no representation on the board of directors nor does it have any control over the selection, retention and compensation of Kelowna's officers and executives. Additionally, Greyhound states that it is the officers, executives and employees of Kelowna that run and manage Kelowna and that will run and manage

the air operations of Greyhound Air on a day-to-day basis. Greyhound maintains that the financial arrangements in connection with Greyhound Air are highly conventional and standard.

In conclusion, Greyhound states that WestJet's allegations are without foundation and cannot be substantiated.

POSITION OF KELOWNA

Kelowna submits that the charter arrangement with Greyhound does not give control of Kelowna, directly or indirectly, to Greyhound. Kelowna further submits that Greyhound will obtain no ownership interest in Kelowna, nor will it have any representatives on its board of directors or amongst its executives. In addition, Kelowna states that it will, at all times, maintain full control of and decision-making over the operation of the aircraft, and only its employees will operate the aircraft.

Kelowna also submits that the terms of the charter arrangement represent common industry practice and, while confidential, are not unlike those of the charter arrangement already in place between Kelowna and Purolator Courier Ltd.

Kelowna asserts that its sole director, Mr. Barry Lapointe, has no intention of relinquishing any control over the corporation or its operations, nor does he have any intention of circumventing Canadian transportation law or assisting anyone in doing so.

FINDINGS

The Agency has carefully examined all of the submissions and evidence filed. Further, the Agency has carefully examined the documents which Kelowna and Greyhound were required to file with the Agency pursuant to the Agency's letter of March 29, 1996. By letter decision dated April 12, 1996, the Agency determined that these documents are confidential.

The Agency has also determined that the issue to be addressed in this matter is whether Greyhound will be operating a domestic air service which would require it to hold a domestic licence.

Based primarily on the financial, operational and business relationships between Greyhound and Kelowna described in the confidential documents, the Agency determines that, if the air services commence as proposed therein, Greyhound will be operating a publicly available domestic air service. Accordingly, pursuant to subsection 71(1) of the NTA (National Transportation Agency), 1987 in order for the proposed air services to commence, Greyhound will be required to hold a domestic licence. In order to obtain a domestic licence, Greyhound would have to establish to the satisfaction of the Agency that it is Canadian as defined in section 67 of the NTA (National Transportation Agency), 1987, holds a Canadian aviation document, and has prescribed liability insurance coverage or evidence of such insurability in respect of the air services to be provided under the licence.

The Agency notes that Greyhound does not presently hold a domestic licence. Accordingly, if operation of the proposed air services commences, the Agency will take all actions within its jurisdiction to prevent such operation, including the issuance, if necessary, of a cease and desist order against Greyhound. The Agency, therefore, cautions against the commencement of the operation of the proposed air services.

In view of the foregoing and, in order to protect the travelling public, it is advisable that Greyhound immediately cease the marketing of its proposed air services, including advertising in the various media and selling tickets to the public.

Due to the confidentiality of the documents filed by Kelowna and Greyhound, as determined by the Agency in its letter decision dated April 12, 1996, detailed reasons for the Agency decision were to be provided, in confidence, to Greyhound and Kelowna which was done on April 16, 1996.

This Decision takes effect as of April 12, 1996, the date on which it was communicated by letter.

Rulings

[Go back to Rulings \(/decisions\)](#)

Date modified:

2012-04-25

Subject: B

Re: Carole Girard

Date: 24th February 2016

SP/less



Government
of CanadaGouvernement
du Canada

Canada

[Canadian Transportation Agency \(/eng\)](#)[Home](#) / [Decisions](#) / [Air](#) / [1996](#) / Decision No. 292-A-1996

Decision No. 292-A-1996

Decision rescinded by P.C. 1996-849 dated June 7, 1996.

May 10, 1996

APPLICATIONS by Greyhound Lines of Canada Ltd. and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. pursuant to section 41 of the *National Transportation Act, 1987*, R.S.C., 1985, c. 28 (3rd Supp.) for a review of [Decision No. 232-A-1996 \(/eng/ruling/232-a-1996\)](#) dated April 18, 1996.

File Nos. M4205/K14/6115

M4205/K14/6116

Docket Nos. 960702R

960723R

Greyhound Lines of Canada Ltd. (hereinafter Greyhound) and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. (hereinafter Kelowna) have applied for the review set out in the title. The applications were received on April 24 and 25, 1996, respectively.

In response to a complaint by WestJet Airlines Ltd. (hereinafter WestJet), the National Transportation Agency (hereinafter the Agency) determined in its [Decision No. 232-A-1996 \(/eng/ruling/232-a-1996\)](#) that, pursuant to subsection 71(1) of the *National Transportation Act, 1987* (hereinafter the NTA (National Transportation Agency), 1987), in order for air services to commence as proposed by Greyhound and Kelowna, Greyhound would be required to hold a domestic licence.

By letters dated April 25 and 26, 1996, the Agency requested WestJet to provide its comments on or before April 30, 1996 in respect of the applications for review. Following receipt of these comments, Greyhound and Kelowna were given two days to respond.

By letters dated April 30, 1996, WestJet filed its comments. By letters dated May 2, 1996, Greyhound and Kelowna filed their responses to WestJet's comments of April 30, 1996.

In addition, in its letters dated April 30, 1996, WestJet filed notices of motion requesting that it be provided with copies of the Agency's confidential reasons for its Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996), which were communicated by letter dated April 16, 1996 to Greyhound and Kelowna (hereinafter the Confidential Reasons), the "Amended Arrangement documents" and the "Confidential Submissions" Greyhound and Kelowna filed in support of their respective applications for review. Alternatively, WestJet requested that it be provided with versions of the Confidential Reasons and the Amendment Arrangement documents with the "... sensitive commercial particulars blacked out and to the extent the context requires, a precis of any material portions which have been blacked out". The Agency ruled on these motions in its decision communicated by letter dated May 10, 1996 and determined that the documents in question should remain confidential and an abridged version would not be provided to WestJet.

GREYHOUND APPLICATION

In its application, Greyhound states that following a review of the Confidential Reasons, Kelowna and it entered into negotiations to amend and restate their air charter arrangements in order to address the concerns expressed by the Agency in the Confidential Reasons. Effective April 22, 1996, Greyhound

and Kelowna entered into an amended and restated Air Charter Agreement (hereinafter the amended and restated Agreement) which, it submits, constitutes a change in the facts or circumstances pertaining to Decision No. 232-A-1996

(/eng/ruling/232-a-1996) since it was issued. Specifically, these amendments directly affect the "financial, operational and business relationships" between Greyhound and Kelowna upon which the Agency primarily based its Decision.

Greyhound therefore requests that the Agency, pursuant to section 41 of the NTA (National Transportation Agency), 1987, review, rescind or vary the Decision in light of the amended and restated Agreement between Greyhound and Kelowna, which constitutes a change in the facts or circumstances pertaining to the previous Decision of the Agency, and find that Greyhound will not be operating a publicly available domestic air service for which it will be required to hold a domestic licence.

In addition, Greyhound advised that it would be filing with the Agency, pursuant to a claim for confidentiality, a "black-lined" [showing changes] and an execution copy of the amended and restated Agreement under cover of a separate letter explaining the amendments to the Agreement.

KELOWNA APPLICATION

In its application dated April 25, 1996, Kelowna requests that the Agency review, rescind or vary its Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) dated April 18, 1996 on the basis that new facts or circumstances have arisen pertaining to the Decision.

Kelowna therefore advised that it would provide to the Agency under separate cover and on a confidential basis, a more detailed version of its application, which includes the new confidential evidence which it wishes the Agency to consider. In Kelowna's view, this evidence would also address the concerns raised by the Agency in its Confidential Reasons.

POSITION OF WESTJET

WestJet submits that the Agency may only review, rescind or vary a previous decision made by it if there has been a change in the facts or circumstances leading to the decision and that the "change" referred to in the NTA (National Transportation Agency), 1987 is one of substance and not form and must be material in nature.

WestJet questions whether any possible amendments to Greyhound's leasing of Kelowna's air service licence, in the context of the overall arrangements between them, can constitute the required substantive, material "change" which would give the Agency jurisdiction to review, rescind or vary the Decision.

WestJet also submits that documentary amendments without substantive changes to many fundamental indicia to the operation of an airline service, such as the financing, schedule control, personnel and the like, will not be sufficient to change the fact, determined by the Agency, that Greyhound is operating an airline service in Canada. In the Greyhound/Kelowna arrangement, such indicia include, without limitation, the direct and indirect financing by Greyhound of Kelowna's aircraft acquisitions, and the necessary control of the flight schedule by Greyhound to create its "intermodal" system of transportation. In WestJet's view, the "charter" arrangement between Greyhound and Kelowna is an arrangement or enterprise reliant on Greyhound for its existence, its operation, and its namesake.

WestJet expresses concern with respect to circumvention of the ownership requirements of the NTA (National Transportation Agency), 1987 by Greyhound and Kelowna which could result in foreign-controlled entities, including foreign air carriers, doing the same.

WestJet concludes that, while chartering aircraft in certain circumstances is permitted, chartering aircraft

for the purpose of operating a scheduled airline service is tantamount to leasing a licence - a matter which is not permitted by Canadian aviation law and policy.

REPLY OF GREYHOUND

Greyhound submits that the Agency has the jurisdiction to review, rescind or vary its own decision, if since that decision, and in the opinion of the Agency, there has been a change in the facts or circumstances pertaining to that decision. In order to meet this test, a section 41 applicant need only demonstrate to the Agency that there has been a "change" in the facts or circumstances. In Greyhound's view, Parliament did not intend to establish a "material change" test.

Greyhound asserts that the Agency's determination of the WestJet complaint in favour of WestJet was based on the "financial, operational and business relationships" between Greyhound and Kelowna. In order to address the concerns expressed by the Agency in the Confidential Reasons, Greyhound and Kelowna engaged in arm's length negotiations which resulted in changes to the financial, operational and business relationships between Greyhound and Kelowna. The Amended Arrangement documents demonstrate a change in the facts or circumstances pertaining to the Decision since it was made by the Agency. Greyhound submits that by addressing the "financial, operational and business relationships" between Greyhound and Kelowna, the Amended Arrangement documents constitute material change.

With respect to WestJet's statement that the charter arrangement between Greyhound and Kelowna is "reliant on Greyhound for its existence, its operation, and its namesake", Greyhound submits that a charter arrangement could never exist without a charterer. In addition, the particular air service being operated by Kelowna pursuant to its air charter arrangements with Greyhound could not exist without Greyhound as a participant. This, in Greyhound's view, is no different than many other charter arrangements entered into between air operators and charterers.

Greyhound states that the financing and scheduling of flights have been addressed in the Amended Arrangement documents. In fact, Kelowna has assumed significant financial risk in connection with the financing it has arranged, independently with its banker of long-standing, in order to operate its new passenger charter air service. Furthermore, it is normal and to be expected that a charterer and the operator of an air service would have to agree to a schedule, which would be made known well in advance to passengers.

Greyhound concludes that it has no interest in operating a domestic air service. Greyhound's interest is in chartering the air service operations of Kelowna in order to market to the public an intermodal bus/air transportation service linking Greyhound's bus services with Kelowna's charter air services and that is why it has entered into the Amended Arrangement documents with Kelowna.

REPLY OF KELOWNA

Kelowna states that the Amended Arrangement documents are before the Agency and it is up to the Agency to reconsider whether this new evidence will have an effect on the Decision.

In Kelowna's view, the arrangements between Kelowna and Greyhound require that only Kelowna hold a domestic licence and Kelowna meets all Canadian ownership and control in fact requirements to maintain its licence.

Kelowna states that it has already invested significant sums in the start-up of the passenger charter air service and that this investment was done in good faith with the belief that the arrangements between

Kelowna and Greyhound would not offend the Agency or violate the NTA (National Transportation Agency), 1987.

Kelowna submits that WestJet's contention that Kelowna is leasing its licence to Greyhound is inflammatory and without a factual basis.

Kelowna concludes that the amended charter arrangements between Kelowna and Greyhound put them on the solid footing of a tour operator and a chartered air service, an arrangement that is completely within the bounds of the NTA (National Transportation Agency), 1987.

FINDINGS

The Agency has carefully examined the pleadings, along with the Confidential Submissions, the Amended Arrangement documents, which include the amended and restated Agreement, and all other confidential information filed with the Agency (hereinafter the confidential material) and is of the opinion that there has been a change in the facts or circumstances pertaining to Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) since the Decision was issued. The Agency's opinion in this regard is based, primarily, on the numerous changes which have been effected to the Air Charter Agreement dated February 6, 1996 between Greyhound, Kelowna

and Kelowna Flightcraft Ltd. as reflected in the amended and restated Agreement. The Agency has, therefore, determined that it will review Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996).

In the interest of efficiency and expediency, the Agency has considered the Greyhound and Kelowna applications together in this review of Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996).

In Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996), the Agency determined that the issue to be addressed was whether Greyhound would be operating a domestic air service, for which it would be required to hold a domestic licence, if it proceeded with its proposed arrangements with Kelowna as disclosed to the Agency. Based primarily on the financial, operational and business relationships between Greyhound and Kelowna, the Agency determined that, if the air services were to commence as proposed, Greyhound would be operating a publicly available domestic air service. Accordingly, the Agency determined in Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) that, pursuant to subsection 71(1) of the NTA (National Transportation Agency), 1987, in order for the proposed air services to commence, Greyhound would be required to hold a domestic licence. By confidential letter dated April 16, 1996, the Agency advised Greyhound and Kelowna of the specific, detailed reasons for this determination.

The Agency has closely examined the change in facts or circumstances pertaining to Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) in relation to the financial, operational and business relationships between Greyhound and Kelowna. The Agency notes that Greyhound and Kelowna have made numerous changes to their proposed relationship since Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996) was issued. However, after reviewing and carefully considering all of these changes, the Agency remains of the opinion that the fundamental relationships between Kelowna and Greyhound, and the essence of their proposed arrangement, have not changed. Therefore, the Agency will not rescind or vary Decision No. 232-A-1996 (/eng/ruling/232-a-1996).

The Agency remains of the opinion that, if operations commence, Greyhound will be operating a publicly available domestic air service for which it requires a licence. In order to obtain a licence, Greyhound would have to establish to the satisfaction of the Agency that it is Canadian as defined in section 67 of the NTA (National Transportation Agency), 1987, holds a Canadian aviation document, and has prescribed liability insurance coverage or evidence of such insurability in respect of the air service to be provided under the licence.

Due to the confidentiality of the documents filed by Kelowna and Greyhound, as determined by the Agency in its letter decision dated May 10, 1996, a separate letter will be sent to Greyhound and

Kelowna in confidence setting out the detailed reasons for the Agency's Decision.

Rulings

[Go back to Rulings \(/decisions\)](#)

Date modified:

2012-04-19

Grand Jury C de justice
Tribunal C de justice

de Carole Girard

le 24th February 2016

SPJ



Original with 292-A-1996

CANADA

PRIVY COUNCIL • CONSEIL PRIVÉ

P.C. 1996-849
June 7, 1996

Whereas, pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, Greyhound Lines of Canada Ltd. and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. have petitioned the Governor in Council to rescind Decision No. 232-A-1996 dated April 18, 1996, and Decision No. 292-A-1996 dated May 10, 1996, of the National Transportation Agency;

Whereas Greyhound Canada Transportation Corp. is a successor corporation to Greyhound Lines of Canada Ltd.;

Whereas, pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, the Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of any party or person interested or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision of the National Transportation Agency;

Therefore, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, pursuant to section 64 of the *National Transportation Act, 1987*, hereby

- (a) varies Decision No. 232-A-1996, in accordance with the schedule hereto; and
- (b) rescinds Decision No. 292-A-1996.

CERTIFIED TO BE A TRUE COPY - COPIE CERTIFIÉE CON

P.C. 1996-849

SCHEDULE

1. The second to fifth paragraphs of the Findings in Decision No. 232-A-1996 are replaced by the following:

Greyhound Canada Transportation Corp. will not be the operator of a domestic air service that requires a domestic licence only if

(a) Greyhound Canada Transportation Corp. continues to be Canadian within the meaning of subsection 67(1) of the *National Transportation Act, 1987*;

(b) Greyhound Canada Transportation Corp. complies with the provisions of the Air Charter Agreement, restated and amended as of April 22, 1996, between Greyhound Lines of Canada Ltd., Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. and Kelowna Flightcraft Ltd. that are applicable to Greyhound Lines of Canada Ltd.; and

(c) Greyhound Canada Transportation Corp. informs all prospective purchasers of air services that Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. will be providing the air service.

Secrétariat privé D de l'officier
This is private referred to in the Affidavit

en Carole Girard

absolue de l'officier le 24th de February 2016

SP



From: Michael Enns
Sent: December-21-15 3:25 PM
Subject: La Consultation sur l'Obligation de Détenir une Licence / Consultation on the Requirement to Hold a Licence

Madame, Monsieur,

L'Office des transports du Canada (Office) entreprend un examen sur la question visant à déterminer si les personnes qui n'exploitent pas d'aéronef, mais qui commercialisent et vendent un service aérien au public, devraient être tenues de détenir une licence délivrée par l'Office.

L'Office entreprend une consultation publique à ce sujet et vous avez été désigné comme l'un des intervenants qui pourraient être intéressés à y participer. L'Office vous invite à visiter sa [page de consultation](#) où vous trouverez de l'information sur le sujet et sur la façon de présenter vos commentaires. La date limite pour présenter vos commentaires est le **22 janvier 2016**. Veuillez noter que tous les commentaires présentés dans le cadre du processus de consultation seront des documents publics et qu'ils pourraient être affichés sur le site Internet de l'Office.

Pendant le déroulement de l'examen, l'Office n'exigera pas la présentation d'une demande de licence à condition que le service offert au public satisfasse à **toutes** les exigences suivantes :

- i. la personne n'exploite aucun aéronef;
- ii. la personne affrète l'entière capacité de l'aéronef, aux fins de revente au public;
- iii. le transporteur aérien est titulaire de la licence requise par l'Office pour exploiter le service aérien.

Si l'Office conclut, à l'issue de son examen, que les personnes qui commercialisent et vendent un service aérien au public, mais n'exploitent aucun aéronef, sont tenues de détenir une licence, vous serez informé de cette décision et disposerez d'un délai raisonnable pour présenter la ou les demandes de licences requises par l'Office.

Si l'Office a délivré des licences à des personnes qui n'exploitent aucun aéronef, ces personnes continueront de les détenir, mais elles ne seront pas tenues de présenter des demandes de licence additionnelles, pendant que l'Office examine la question.

Si vous avez des questions sur ce qui précède, n'hésitez pas à communiquer avec John Touliopoulos, gestionnaire, Division de l'évaluation financière, par téléphone au 819-953-8960 ou par courriel à john.touliopoulos@otc-cta.gc.ca.

Veillez agréer, Madame, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.

Carole Girard

Directrice principale des approbations réglementaires et de la conformité, Direction générale de la réglementation et des déterminations de l'industrie

Dear Sir / Madam,

The Canadian Transportation Agency (Agency) is undertaking a review on whether persons that do not operate any aircraft, but market and sell an air service to the public, should be required to hold an Agency licence.

The Agency is initiating a public consultation on this matter and you have been identified as a potential stakeholder who may be interested in participating. The Agency invites you to visit its [consultation page](#) where you can obtain information on this subject and learn how to make a submission. The deadline to submit your comments is **January 22, 2016**. Please note that all submissions as part of the consultation process will be public documents and may be posted on the Agency's website.

While this review is under way, the Agency will not require persons to apply for a licence as long as the service offered to the public meets **all** of the following conditions:

- i. The person does not operate any aircraft;
- ii. The person charts the aircraft's entire capacity, for the purpose of resale to the public; and
- iii. The air carrier holds the appropriate Agency licence to operate the air service

In the event that the Agency, following its review, concludes that persons that market and sell an air service to the public, but do not operate any aircraft, are required to hold a licence, you will be informed of such decision and be given reasonable time to apply for the required Agency licence(s).

In situations where the Agency has issued licences to persons that do not operate any aircraft, these persons will continue to hold the issued licences, but will not be required to apply for any additional licences, while the Agency reviews the matter.

If you have any questions on this matter, please do not hesitate to contact John Touliopoulos, Manager of Financial Evaluation Division at 819-953-8960 or by e-mail at john.touliopoulos@otc-cta.gc.ca.

Sincerely,

Carole Girard

Senior Director Regulatory Approvals and Compliance, Industry Regulation and Determinations Branch
Canadian Transportation Agency / Government of Canada
carole.girard@otc-cta.gc.ca / Tel. 819-997-8761 / TTY: 1-800-669-5575

Government
of CanadaGouvernement
du Canada

Canada

[Canadian Transportation Agency \(/eng\)](#)[Home](#) / [Consultations](#) / Consultation on the requirement to hold a licence

Consultation on the requirement to hold a licence

The Canadian Transportation Agency (Agency) is requesting comments from the aviation industry and other interested stakeholders on whether persons who have commercial control over an air service, but do not operate aircraft (Indirect Air Service Providers), should be required to hold a licence.

Background

The Canadian Transportation Agency (Agency) regulates the licensing of air transportation pursuant to Part II of the *Canada Transportation Act* (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-10.4/index.html>) (Act) and the *Air Transportation Regulations* (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-88-58/index.html>).

The Act requires that persons hold the appropriate licence before they can operate a publicly available air transportation service (air service), which subjects these persons to a number of economic, consumer and industry protection safeguards, including with respect to [tariffs](https://www.otc-cta.gc.ca/eng/tariffs) (<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/tariffs>), [financial requirements](https://www.otc-cta.gc.ca/eng/publication/financial-requirements-guide-air-licence-applicants) (<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/publication/financial-requirements-guide-air-licence-applicants>), and [Canadian ownership](https://www.otc-cta.gc.ca/eng/canadian-ownership) (<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/canadian-ownership>). When more than one person is involved in the delivery of the air service, it is important to determine who is operating the air service and is required, as such, to comply with the licensing requirements.

When the *National Transportation Act, 1987* (subsequently consolidated and revised by the Act) was introduced in 1987, it ushered in the deregulation of the aviation industry. At this time, the distinction between chartered and scheduled air carriers was eliminated for domestic air services. Industry subsequently developed new and innovative approaches to the delivery of air services that did not always fit into the Act's licensing parameters. One such approach is the Indirect Air Service Provider model, where persons have commercial control over an air service and make decisions on matters such as on routes, scheduling, pricing, and aircraft to be used, while charter air carriers operate flights on their behalf.

The Agency's current approach to determining which person is operating a domestic air service originated from its 1996 Greyhound Decision (<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/ruling/232-a-1996>) and requires the person with commercial control to hold the licence, irrespective of whether the person operates any aircraft. As of December 1, 2015, 16 persons that did not operate any aircraft held licences providing them the authority to operate domestic air services.

For international air services, the Regulations require the air carrier, not the charterer, to hold a licence. Consequently, under the current approach, a person who is in commercial control of an air service and does not operate aircraft must hold the licence for domestic, but not for international air services.

All licensed air carriers are required to hold a Canadian Aviation Document (CAD) (<http://www.tc.gc.ca/eng/civilaviation/publications/tp8880-chapter1-section3-5193.htm>) issued by the Minister of Transport. When a person does not operate any aircraft, they are neither required nor entitled to obtain a CAD. The Agency has issued domestic licences to Indirect Air Service Providers on the basis that the CAD requirement is met by the charter air carrier.

The Agency, after careful review and study, is considering a change in its approach to determining who is operating an air service in situations where a person has commercial control over an air service, but does not operate aircraft. It is important to note that a review of the Act (<http://www.tc.gc.ca/eng/ctareview2014/canada-transportation-act-review.html>) is underway and may recommend changes to the legislative framework. Regulatory reforms may also be contemplated.

Approach under consideration

Indirect Air Service Providers would not normally be required to hold a licence to sell air services directly to the public, as long as they charter licenced air carriers to operate the flights. This would apply to the operation of domestic and international air services. As these providers would not be subject to the licensing requirements, contracts they enter into with the public would not be subject to tariff protection, nor would they be subject to the financial and Canadian ownership requirements.

However, the Agency would preserve its discretion to apply legislative and regulatory requirements in a purposive manner to ensure that the objectives underpinning the air licensing regime continue to be met. Accordingly, should a person who does not operate aircraft hold themselves out to the public as an air carrier and not a charterer or structure

their business model to circumvent the licensing requirements, the Agency could determine that they are operating the air service. Considerations in any such determination could include the manner in which they hold themselves out to the public, whether their involvement goes beyond a typical contractual charter arrangement, and the extent to which their operations are integrated into those of the air carrier.

When an air service is marketed and sold by an air carrier that has commercial control and the flights are operated by another air carrier, pursuant to a wet lease, code share, blocked space, capacity purchase agreement or other similar agreement, the Agency will continue to require the air carrier in commercial control to hold the licence for that air service, consistent with existing regulatory requirements.

Call for comments

The Agency invites interested stakeholders to submit their comments on the Agency's proposed approach, including with respect to the following questions:

- Whether Indirect Air Service Providers should be required to hold a licence to sell their services directly to the public, in their own right. Provide a clear explanation for your position;
- What criteria the Agency should consider in determining whether an Indirect Air Service Provider is holding itself out as an air carrier, and therefore, should be required to hold the licence; and
- What regulatory amendments, if any, should be contemplated to clarify who is operating an air service and is required, as such, to hold a licence.

Participants may submit **written** comments no later than the end of the business day on January 22, 2016.

All submissions made as part of this consultation process will be considered public documents and, as such, may be posted on the Agency's website.

How to Participate

Submit your comments to consultations@otc-cta.gc.ca (<mailto:consultations@otc-cta.gc.ca%20>).

Contact:

John Touliopoulos - Manager, Financial Evaluation Division (<http://geds20-sage20.ssc-spc.gc.ca/en/GEDS20/?pgid=015&dn=cn%3DTouliopoulos%5C%2C%20John%2C%20ou%3DRACD-DARC%2C%20ou%3DIRDB-DGRDI%2C%20ou%3DCTA-OTC%2C%20o%3DGC%2C%20c%3DCA>)

Telephone:

819-953-8960

Email:

john.touliopoulos@otc-cta.gc.ca

Latest Milestones

| Title | Date |
|--------------------------|------------------|
| Deadline for submissions | January 22, 2016 |

Submitted Comments

-  [Air Canada \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_10_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_10_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_10_0.pdf)
-  [Avmax \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_11_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_11_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_11_0.pdf)
-  [CAC \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_13_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_13_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_13_0.pdf)
-  [Charles Green \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_14_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_14_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_14_0.pdf)
-  [Clark and Company \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/clark_company_submission_-_consultation_on_the_requirement_to_hold_a_licence_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/clark_company_submission_-_consultation_on_the_requirement_to_hold_a_licence_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/clark_company_submission_-_consultation_on_the_requirement_to_hold_a_licence_0.pdf)
-  [Enerjet \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_18_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_18_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_18_0.pdf)
-  [Flair Airlines Ltd. \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_23.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_23.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_23.pdf)
-  [Frances Hudson \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_5_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_5_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_5_0.pdf)
-  [Dr. Gabor Lukacs \(\[https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_19_0.pdf\]\(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_19_0.pdf\)\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_19_0.pdf)

- [📄 Garry Lewis \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_4_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_4_0.pdf)
- [📄 Glen Beckett \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_2.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_2.pdf)
- [📄 IntelliSys Aviation Systems \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/newleaftravellicenserequirement_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/newleaftravellicenserequirement_0.pdf)
- [📄 James Wilson \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_7_1.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_7_1.pdf)
- [📄 Jetlines \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_12_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_12_0.pdf)
- [📄 Kelowna International Airport \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_15_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_15_0.pdf)
- [📄 Kenn Borek Air Ltd. \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_16_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_16_0.pdf)
- [📄 Liz Throp \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_9_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_9_0.pdf)
- [📄 Lorna Harlow \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_8_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_8_0.pdf)
- [📄 NewLeaf Travel Company \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_20.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_20.pdf)
- [📄 Nolinor \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_24.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_24.pdf)
- [📄 Prince Rupert Airport \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_25.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_25.pdf)
- [📄 Provincial Airlines \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_1_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_1_0.pdf)
- [📄 Sunwing Airlines \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_17_0.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_17_0.pdf)
- [📄 Travel Industry Council of Ontario \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_21.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_21.pdf)
- [📄 VINCI \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_26.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_26.pdf)
- [📄 WestJet \(https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_22.pdf\)](https://www.otc-cta.gc.ca/sites/default/files/submission_22.pdf)

Date modified:

2016-01-28

Procès-verbal de la séance E de l'Assemblée
du 16 Mars 1966

en Carde Girard

le 24th February 2016

~~SP/ly~~



From: Michael Enns
Sent: December-21-15 3:33 PM
To: 'jim.young@newleafcorp.ca'; 'ocurrie@DarcyDeacon.com'
Cc: Ghislain Blanchard; Carole Girard; John Touliopoulos
Subject: Consultation on the Requirement to Hold a Licence

(Sent on behalf of Ghislain Blanchard)

Dear Mr. Young,

On August 21, 2015, the Canadian Transportation Agency (Agency) advised NewLeaf Travel Company Inc. (NewLeaf) that I had been appointed to conduct an inquiry into whether NewLeaf, as part of its proposed business venture with Flair Airlines Inc. (Flair), would be operating an air service and, therefore, require a licence pursuant to section 57 of the *Canada Transportation Act* (CTA).

The Agency is continuing its review of whether persons who do not operate any aircraft, but market and sell air services to the public, should be required to hold Agency licences. The review applies to all persons operating in this manner and is not limited to NewLeaf's proposed business venture with Flair. As part of its review, the Agency is consulting with, and seeking comments from, stakeholders (including Newleaf) before finalizing its approach.

I am providing you with a direct link to the Agency's [consultation document](#). The deadline to submit your comments, if you choose to do so, is **January 22, 2016**. Please note that all submissions as part of the consultation process will be public documents and may be posted on the Agency's website.

I have been instructed by the Panel to inform you that while this review is underway, the Agency will not require persons to apply for a licence as long as the service offered to the public meets **all** of the following conditions:

- i. The person does not operate any aircraft;
- ii. The person charts the aircraft's entire capacity, for the purpose of resale to the public; and
- iii. The air carrier holds the appropriate Agency licence to operate the air service.

Should the Agency's review conclude that persons that market and sell an air service to the public, but do not operate any aircraft, are required to hold a licence, you will be informed of such decision and be given reasonable time to apply for the required Agency licence(s).

If you have any questions on this matter, please contact John Touliopoulos, Manager of Financial Evaluation Division at 819-953-8960 or by e-mail at john.touliopoulos@otc-cta.gc.ca.

Sincerely,

Ghislain Blanchard
Director General
Industry Regulations and Determinations Branch

Winnipeg Free Press

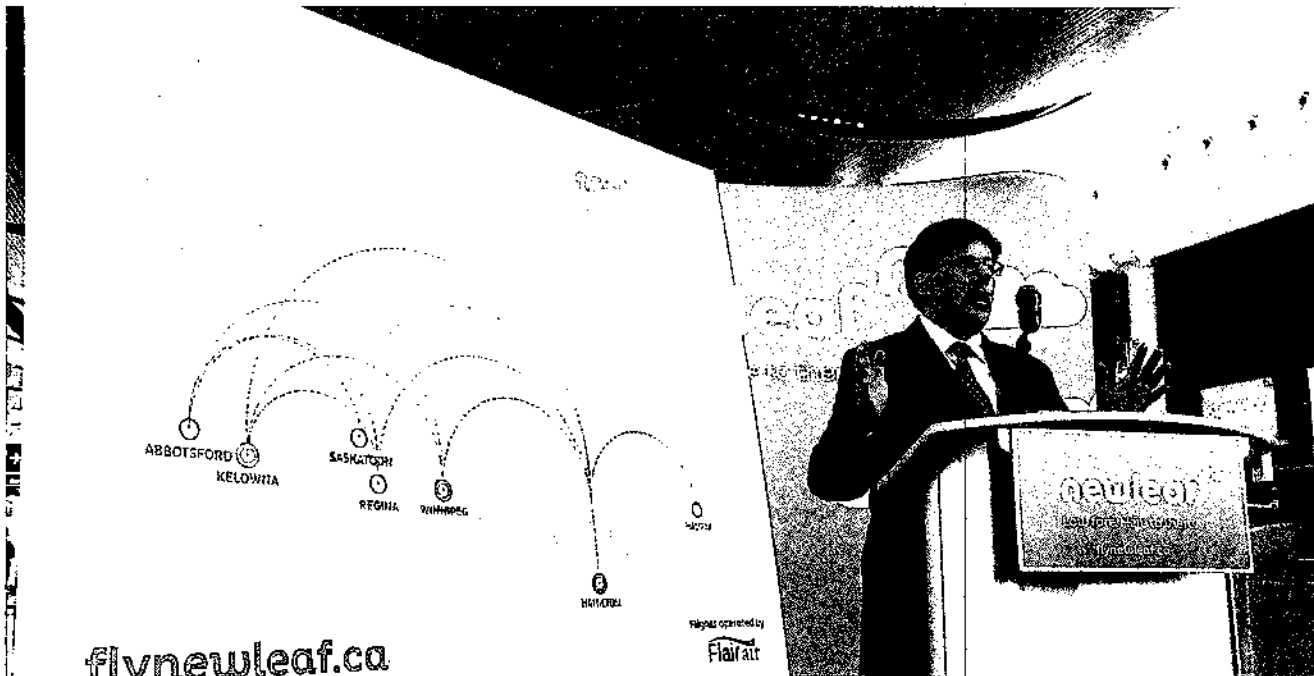
Local

Ultra low-cost airline taking off from Winnipeg airport



By: Geoff Kirbyson

Posted: 01/5/2016 2:05 AM | Last Modified: 01/6/2016 5:16 PM



WAYNE GLOWACKI / WINNIPEG FREE PRESS

Jim Young, CEO NewLeaf airlines announces fares and dates for scheduled flights at a news conference Wednesday morning at James A Richardson Airport.

The arrival of NewLeaf Travel Company to Canadian skies won't threaten the domestic oligopoly of Air Canada and Westjet but it will certainly make it cheaper to fly.

The Winnipeg-based ultra-low-cost carrier unveiled its routes, schedule and other plans Wednesday morning at the Richardson International Airport.

Those in attendance didn't quite have visions of children breaking open their piggybanks to buy a ticket to Hamilton but, you know, it was close.

NewLeaf will take to the air on Feb. 12 with a network of seven cities, including Winnipeg, Halifax, Regina, Saskatoon, Kelowna, Abbotsford and Hamilton.

"We're in this thing for the long run," said CEO Jim Young.

But you've got to be flexible. NewLeaf isn't offering daily service. For example, it has an afternoon flight to Hamilton on Wednesdays and an evening flight on Saturdays and afternoon flights to Kelowna on Thursdays and Saturdays.

NewLeaf plans to achieve its model by focusing on smaller airports, a simple point-to-point network and avoiding larger, more expensive airports, such as Pearson in Toronto.

That model includes providing passengers with a seat and a seat belt and then enabling them to customize their trip by paying for extras such as priority boarding, in-flight drinks and snacks as well as carry-on and checked baggage.

NewLeaf will start out with two aircraft, a pair of 156-seat 737-400s, which are owned by its partner, Kelowna-based Flair Airlines. The plan is to grow to three planes within the first month and then to four by the summer. Within three years, Young's goal is to have a fleet of 15 planes.

NewLeaf's business plans includes charges for carry-on baggage. Not your purse or computer case or anything that will fit underneath the seat in front of you, but bags that are essentially substitutes for suitcases.

"A lot of our cost model is about turning the airplane (around) faster. You can board a plane our size in over an hour when everybody is hauling their bag on and trying to shove it (in the overhead compartment). We can offer lower fares by flying the airplane longer every day. In order to do that, we need to turn the airplane (around) at our stations inside of 30 to 40 minutes. The only way to do that when you're loading 156 people is to make sure you're getting them on and off as efficiently as possible," he said.

Another cost savings is avoiding travel agents and other third-party bookers. You will only be able to book a ticket on NewLeaf by visiting its website, flynewleaf.ca, which will bypass the global distribution system that travel agents use and which charges about \$5 per leg of a trip. That could mean adding up to \$30 for a return trip, Young said.

The arrival of NewLeaf makes Canada the last of the G-20 countries to have an ultra-low-cost carrier, said Barry Rempel, president and CEO of the Winnipeg Airports Authority, and he said there will undoubtedly be a ripple effect.

"What we've seen in these other environments is a stimulation of the market by up to 40 per cent. They're attracting people that wouldn't otherwise fly. Spirit Airlines in the U.S. and Ryanair in Ireland thrive when they stay close to their model, which is 'get me there cheap,'" he said.

Even though NewLeaf isn't competing with WestJet or Air Canada on direct flights, Rempel believes it will force them to lower their prices on at least some routes.

"Unquestionably. The established carriers are going to be watching very closely to see how much their visiting family market is impacted by NewLeaf. They'll have a number of potential reactions, everything from matching prices to using incentives through their frequent flyer programs," he said.

NewLeaf has hired a small handful of people for its Winnipeg head office and as the number of planes flying out of the city grows, that will increase as well. Eventually, Young said there will be 750 people based here, including administrative staff, pilots, flight attendants and mechanics.

Once NewLeaf has firmly established itself in the domestic market, it plans to branch out into sun destinations, Young said.

geoff.kirbyson@freepress.mb.ca

Je soussigné(e) G Carole Girard
Notaire Public

de Carole Girard

le 24 February 2016

SP



From: Lisa Saunders <lisa@soundstrategy.ca>
Sent: January-18-16 4:02 PM
To: Michael Enns; John Touliopoulos; Daniel Cardozo
Subject: NewLeaf temporarily postpones service while the Canadian Transportation Agency completes its review of aviation licensing regulations

Hi Michael, just so you're aware of our current situation (below).
Thank you for all your help today.
Have a lovely day. Lisa...



NewLeaf temporarily postpones service while the Canadian Transportation Agency completes its review of aviation licensing regulations

(Winnipeg, MB – January 18, 2016) **NewLeaf Travel Company** announces that it is temporarily postponing sales of airline tickets pending a Canadian Transportation Agency (CTA) review of licensing regulations for Indirect Air Service Providers. NewLeaf will also refund all credit card transactions for reservations that were scheduled to begin on Feb. 12, 2016.

“During this uncertain time, we didn’t want to put anyone with existing bookings at risk, and we wanted to give customers time to make other travel arrangements” explains NewLeaf Chief Executive Officer **Jim Young**.

NewLeaf aims to resume taking reservations in the Spring. “Canadians have clearly spoken that they want this type of low-cost service. The overwhelming demand for tickets shows the need for affordable travel in Canada. Hundreds of thousands of people visited the NewLeaf website when ticket sales began. Thousands made bookings,” said Young.

“The reason why we launched on January 6 is because it was confirmed that we were in full compliance of CTA licensing regulations,” says Young. “The CTA gave us an exemption from holding a licence directly while it reviews its legislation.” Under a charter arrangement with Kelowna-based Flair Airlines Ltd., Flair held the CTA operating licence, while NewLeaf offered seat sales.

“Now, there is ambiguity in the air as to whether we need to amend the relationship with our air service provider, or whether we need to have a licence ourselves. While Canada has many other Indirect Air Service Providers, NewLeaf is in a unique position as we are the first large-scale IASP,” said Young. “We welcome a regulatory system in which businesses like ours can thrive in Canada as they do in other countries.”

“As with any success that threatens to change the status quo, there are those that will resist that change and take any measures necessary to maintain the existing playing field, even if it is to the detriment of the vast majority and the benefit of the very few,” said Young.

The CTA is reviewing whether persons who do not operate any aircraft, but market and sell air services to the public, should be required to hold Agency licences. The review applies to all persons operating in this manner and is not limited to NewLeaf’s proposed business venture with Flair Airlines Ltd. As part of its review, the Agency is consulting with, and seeking comments from, stakeholders before finalizing its approach. The consultations end this Friday, Jan. 22.

Anyone wishing to express their opinion is encouraged to do so through the CTA’s consultation:

<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>

NewLeaf Travel initially launched its website and started selling tickets to seven Canadian destinations on Jan. 6, 2016. The Canadian public’s response to NewLeaf’s launch of low cost airfares for those routes has been overwhelming, and reinforces the fact that Canada needs, and can support, an ultra low cost carrier that creates competition in air travel.

“We’re taking the high road in the way that is the most respecting of the consumer,” says Young. “As soon as the review is complete, we will make any required amendments if necessary, and resume sales as soon as possible.”

Those who made reservations are guaranteed the opportunity to re-buy their seat for the price they paid for it when NewLeaf resumes sales.

For more information, please contact NewLeaf Travel media relations officer Lisa Saunders at lisa@soundstrategy.ca or 204.799.4641.

NOTE: NewLeaf CEO Jim Young will be available for a media scrum outside the NewLeaf office at 128-2000 Wellington Avenue, Winnipeg, Manitoba TODAY, Monday Jan. 18 at 4 p.m. CST.

[The NewLeaf office is located in the WAA Admin building (the building with the airport tower and spinning arm on top). If you are driving here, stay left on Wellington Ave as you approach the airport and park in the Economy lot. Once in Economy, you will see our building with the airport tower. Park as close to it as possible. Take the crosswalk over the 4 lanes and enter the side door to the building closest to the crosswalk. Once inside, walk towards the centre of the open space and then go all the way down the hall. Our office (#128) is just in front of the escalators.]

ADDITIONAL INFORMATION:

- NewLeaf has always been fully compliant with CTA regulations.
- Travelers will be totally secure flying with NewLeaf. NewLeaf's business model is not new, and is legislated by the Canadian government.
- The Canadian Transportation Agency is currently reviewing its regulations, including licensing regulations. The CTA's review of the Canada Transportation Act began in June 2014 - <http://www.tc.gc.ca/eng/ctareview2014/canada-transportation-act-review.html>
- The CTA is also holding consultations on the requirements to hold a licence. The CTA is requesting comments from the aviation industry and other interested stakeholders on whether persons who have commercial control over an air service, but do not operate aircraft (Indirect Air Service Providers), should be required to hold a licence. Participants may submit written comments no later than Jan. 22, 2016
- NewLeaf will be providing its comments as part of the consultation process. Interested stakeholders may also submit their comments as detailed here - <https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>
- The CTA says NewLeaf is **not required** to hold a licence while it conducts a review of its legislation.
- Once the CTA reviews its licensing regulations, NewLeaf will re-evaluate its charter agreement with Flair Airlines Ltd., resume sales and announce the new launch date.



Low fare. Here to there.

News Release

NewLeaf temporarily postpones service while the Canadian Transportation Agency completes its review of aviation licensing regulations

(Winnipeg, MB – January 18, 2016) **NewLeaf Travel Company** announces that it is temporarily postponing sales of airline tickets pending a Canadian Transportation Agency (CTA) review of licensing regulations for Indirect Air Service Providers. NewLeaf will also refund all credit card transactions for reservations that were scheduled to begin on Feb. 12, 2016.

“During this uncertain time, we didn’t want to put anyone with existing bookings at risk, and we wanted to give customers time to make other travel arrangements” explains NewLeaf Chief Executive Officer **Jim Young**.

NewLeaf aims to resume taking reservations in the Spring. “Canadians have clearly spoken that they want this type of low-cost service. The overwhelming demand for tickets shows the need for affordable travel in Canada. Hundreds of thousands of people visited the NewLeaf website when ticket sales began. Thousands made bookings,” said Young.

“The reason why we launched on January 6 is because it was confirmed that we were in full compliance of CTA licensing regulations,” says Young. “The CTA gave us an exemption from holding a licence directly while it reviews its legislation.” Under a charter arrangement with Kelowna-based Flair Airlines Ltd., Flair held the CTA operating licence, while NewLeaf offered seat sales.

“Now, there is ambiguity in the air as to whether we need to amend the relationship with our air service provider, or whether we need to have a licence ourselves. While Canada has many other Indirect Air Service Providers, NewLeaf is in a unique position as we are the first large-scale IASP,” said Young. “We welcome a regulatory system in which businesses like ours can thrive in Canada as they do in other countries.”

“As with any success that threatens to change the status quo, there are those that will resist that change and take any measures necessary to maintain the existing playing field, even if it is to the detriment of the vast majority and the benefit of the very few,” said Young.

The CTA is reviewing whether persons who do not operate any aircraft, but market and sell air services to the public, should be required to hold Agency licences. The review applies to all persons operating in this manner and is not limited to NewLeaf’s proposed business venture with Flair Airlines Ltd. As part of its review, the Agency is consulting with, and seeking comments from, stakeholders before finalizing its approach. The consultations end this Friday, Jan. 22.

Anyone wishing to express their opinion is encouraged to do so through the CTA’s consultation:
<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>

NewLeaf Travel initially launched its website and started selling tickets to seven Canadian destinations on Jan. 6, 2016. The Canadian public’s response to NewLeaf’s launch of low cost airfares for those routes has been overwhelming, and reinforces the fact that Canada needs, and can support, an ultra low cost carrier that creates competition in air travel.

“We’re taking the high road in the way that is the most respecting of the consumer,” says Young. “As soon as the review is complete, we will make any required amendments if necessary, and resume sales as soon as possible.”

Those who made reservations are guaranteed the opportunity to re-buy their seat for the price they paid for it when NewLeaf resumes sales.

For more information, please contact NewLeaf Travel media relations officer Lisa Saunders at lisa@soundstrategy.ca or 204.799.4641.

NOTE: NewLeaf CEO Jim Young will be available for a media scrum outside the NewLeaf office at 125-2000 Wellington Avenue, Winnipeg, Manitoba TODAY, Monday Jan. 18 at 4 p.m. CST.

[The NewLeaf office is located in the WAA Admin building (the building with the airport tower and spinning arm on top). If you are driving here, stay left on Wellington Ave as you approach the airport and park in the Economy lot. Once in Economy, you will see our building with the airport tower. Park as close to it as possible. Take the crosswalk over the 4 lanes and enter the side door to the building closest to the crosswalk. Once inside, walk towards the centre of the open space and then go all the way down the hall. Our office (#128) is just in front of the escalators.]

ADDITIONAL INFORMATION:

- NewLeaf has always been fully compliant with CTA regulations.
- Travelers will be totally secure flying with NewLeaf. NewLeaf's business model is not new, and is legislated by the Canadian government.
- The Canadian Transportation Agency is currently reviewing its regulations, including licensing regulations. The CTA's review of the Canada Transportation Act began in June 2014 - <http://www.tc.gc.ca/eng/ctareview2014/canada-transportation-act-review.html>
- The CTA is also holding consultations on the requirements to hold a licence. The CTA is requesting comments from the aviation industry and other interested stakeholders on whether persons who have commercial control over an air service, but do not operate aircraft (Indirect Air Service Providers), should be required to hold a licence. Participants may submit written comments no later than Jan. 22, 2016
- NewLeaf will be providing its comments as part of the consultation process. Interested stakeholders may also submit their comments as detailed here - <https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>
- The CTA says NewLeaf is **not required** to hold a licence while it conducts a review of its legislation.
- Once the CTA reviews its licensing regulations, NewLeaf will re-evaluate its charter agreement with Flair Airlines Ltd., resume sales and announce the new launch date.



Low fare. Here to there.

News Release

NewLeaf temporarily postpones service while the Canadian Transportation Agency completes its review of aviation licensing regulations

(Winnipeg, MB – January 18, 2016) **NewLeaf Travel Company** announces that it is temporarily postponing sales of airline tickets pending a Canadian Transportation Agency (CTA) review of licensing regulations for Indirect Air Service Providers. NewLeaf will also refund all credit card transactions for reservations that were scheduled to begin on Feb. 12, 2016.

“During this uncertain time, we didn’t want to put anyone with existing bookings at risk, and we wanted to give customers time to make other travel arrangements” explains NewLeaf Chief Executive Officer **Jim Young**.

NewLeaf aims to resume taking reservations in the Spring. “Canadians have clearly spoken that they want this type of low-cost service. The overwhelming demand for tickets shows the need for affordable travel in Canada. Hundreds of thousands of people visited the NewLeaf website when ticket sales began. Thousands made bookings,” said Young.

“The reason why we launched on January 6 is because it was confirmed that we were in full compliance of CTA licensing regulations,” says Young. “The CTA gave us an exemption from holding a licence directly while it reviews its legislation.” Under a charter arrangement with Kelowna-based Flair Airlines Ltd., Flair held the CTA operating licence, while NewLeaf offered seat sales.

“Now, there is ambiguity in the air as to whether we need to amend the relationship with our air service provider, or whether we need to have a licence ourselves. While Canada has many other Indirect Air Service Providers, NewLeaf is in a unique position as we are the first large-scale IASP,” said Young. “We welcome a regulatory system in which businesses like ours can thrive in Canada as they do in other countries.”

“As with any success that threatens to change the status quo, there are those that will resist that change and take any measures necessary to maintain the existing playing field, even if it is to the detriment of the vast majority and the benefit of the very few,” said Young.

The CTA is reviewing whether persons who do not operate any aircraft, but market and sell air services to the public, should be required to hold Agency licences. The review applies to all persons operating in this manner and is not limited to NewLeaf’s proposed business venture with Flair Airlines Ltd. As part of its review, the Agency is consulting with, and seeking comments from, stakeholders before finalizing its approach. The consultations end this Friday, Jan. 22.

Anyone wishing to express their opinion is encouraged to do so through the CTA’s consultation:
<https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>

NewLeaf Travel initially launched its website and started selling tickets to seven Canadian destinations on Jan. 6, 2016. The Canadian public’s response to NewLeaf’s launch of low cost airfares for those routes has been overwhelming, and reinforces the fact that Canada needs, and can support, an ultra low cost carrier that creates competition in air travel.

“We’re taking the high road in the way that is the most respecting of the consumer,” says Young. “As soon as the review is complete, we will make any required amendments if necessary, and resume sales as soon as possible.”

Those who made reservations are guaranteed the opportunity to re-buy their seat for the price they paid for it when NewLeaf resumes sales.

For more information, please contact NewLeaf Travel media relations officer Lisa Saunders at lisa@soundstrategy.ca or 204.799.4641.

NOTE: NewLeaf CEO Jim Young will be available for a media scrum outside the NewLeaf office at 128-2000 Wellington Avenue, Winnipeg, Manitoba TODAY, Monday Jan. 18 at 4 p.m. CST.

[The NewLeaf office is located in the WAA Admin building (the building with the airport tower and spinning arm on top). If you are driving here, stay left on Wellington Ave as you approach the airport and park in the Economy lot. Once in Economy, you will see our building with the airport tower. Park as close to it as possible. Take the crosswalk over the 4 lanes and enter the side door to the building closest to the crosswalk. Once inside, walk towards the centre of the open space and then go all the way down the hall. Our office (#128) is just in front of the escalators.]

ADDITIONAL INFORMATION:

- NewLeaf has always been fully compliant with CTA regulations.
- Travelers will be totally secure flying with NewLeaf. NewLeaf's business model is not new, and is legislated by the Canadian government.
- The Canadian Transportation Agency is currently reviewing its regulations, including licensing regulations. The CTA's review of the Canada Transportation Act began in June 2014 - <http://www.tc.gc.ca/eng/ctareview2014/canada-transportation-act-review.html>
- The CTA is also holding consultations on the requirements to hold a licence. The CTA is requesting comments from the aviation industry and other interested stakeholders on whether persons who have commercial control over an air service, but do not operate aircraft (Indirect Air Service Providers), should be required to hold a licence. Participants may submit written comments no later than Jan. 22, 2016
- NewLeaf will be providing its comments as part of the consultation process. Interested stakeholders may also submit their comments as detailed here - <https://www.otc-cta.gc.ca/eng/consultation/consultation-requirement-hold-a-licence>
- The CTA says NewLeaf is **not required** to hold a licence while it conducts a review of its legislation.
- Once the CTA reviews its licensing regulations, NewLeaf will re-evaluate its charter agreement with Flair Airlines Ltd., resume sales and announce the new launch date.

Court File No.: A-39-16

IN THE FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

DR. GABOR LUKACS

Applicant

-and-

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

MEMORANDUM OF FACT AND LAW
OF THE RESPONDENT
CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

PART I
STATEMENT OF FACTS

A. Overview

1. The Application was filed following public consultations conducted by the Agency on the issue of whether indirect service providers (ISPs) require a domestic license issued pursuant to the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, (CTA) and the *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58, as amended (ATR).

2. In those consultations, the Agency proposed that it would no longer require resellers to obtain a domestic air licence as long as they do not hold themselves out to be an air carrier. Although the record refers to Indirect Service Providers, or ISPs, the Agency felt the word “resellers” more accurately reflected the nature of the entities in question and so there was a shift in terminology. A “reseller” is defined in the decision as “...a person who does not operate aircraft and who purchases the seating capacity of an air carrier and subsequently resells those seats, in its own right, to the public.”
3. The Applicant challenges the Agency's jurisdiction to make a decision or order that has the effect of exempting and/or excluding reseller from the statutory requirement of holding a licence.
4. In its determination that followed the consultations (Decision No. 100-A-2016) – which was issued after the Application was filed – the Agency arrived at an interpretation of the CTA licensing provisions that is different than its interpretation stated in Agency Decision No. 232-A-1996 (Greyhound Decision).
5. In so doing the Agency has asserted its prerogative and obligation to faithfully interpret and apply statutory provisions, which includes taking account of evolving business models and the lessons learned over time in our role as administrator of the Act. The Agency engaged in an exercise in statutory interpretation of the CTA's licensing provisions, in which it has applied its expertise.

6. Contrary to the Applicant's position, the Agency has not granted an unlawful exemption or exclusion. The expression "operate an air service" – key to the CTA's licensing provisions - is capable of more than one reasonable interpretation. In Decision No. 100-A-2016, the Agency has applied an interpretation that it considers more appropriate considering the rules of statutory interpretation.

B. Air Licensing

7. Part II of the CTA requires that in order to operate an air service, a person is required to hold the appropriate licence. A holder of a license is subject to certain economic, consumer and industry protection safeguards as found in the CTA and the ATR, including that it have a tariff that clearly sets out prescribed information and terms and conditions of carriage pursuant to section 107(1) of the ATR as well as to make the tariff public, to apply the tariff's terms and to ensure that it is reasonable and not unduly discriminatory pursuant to sections 67, 67.1 and 67.2(1) of the CTA.

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 8.1, 107(1)
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 67,
67.1, 67.2(1) – Appendix A

8. In addition, in order to obtain a licence, a person must comply with Canadian ownership requirements, hold a Canadian Aviation Document (CAD) issued by Transport Canada and have the prescribed insurance, as required by section 61 of the CTA and sections 7, 8 and 10 of the ATR.

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 61,
Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 7, 8
- Appendix A

C. Greyhound Determination

9. In the Greyhound Decision, following a complaint filed by WestJet Airlines Ltd. against Greyhound Lines of Canada Ltd. (Greyhound) and Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. (Kelowna) (the Greyhound Decision), the National Transportation Agency (the predecessor to the Canadian Transportation Agency) determined that Greyhound required a domestic air licence, although it did not operate aircraft. Greyhound was found to 'operate an air service' since it exercised commercial control over the air service.

Agency Decision No. 232-A-1996 dated April 19, 1996,
Exhibit "A" to the Affidavit of Carole Girard, sworn
February 24, 2016, Respondent's Record, Tab 1-A.

10. Greyhound and Kelowna requested that the Agency review its decision based on new facts and circumstances. The Agency did not vary or rescind its decision.

Agency Decision No. 292-A-1996 dated May 10, 1996,
Exhibit "B" to the Affidavit of Carole Girard, sworn
February 24, 2016, Respondent's Record, Tab 1-B.

11. However, on Petition by Greyhound and Kelowna pursuant to section 40 of the CTA, the Governor-in-Council varied Decision 232-A-1996 and rescinded Decision 292-A-1996, finding that Greyhound would not be the operator of a domestic air service requiring a domestic licence as long as it met conditions, including that Greyhound inform all prospective purchasers of the air services that Kelowna would be providing the air service.

Governor in Council P.C. 1996-849 dated June 7, 1996,
Exhibit "C" to the Affidavit of Carole Girard, sworn
February 24, 2016, Respondent's Record, Tab 1-C.

12. However, since then, the Agency has continued, until recently, to apply its interpretation of the licensing provisions made in the Greyhound decision. There are currently fourteen resellers that hold a domestic licence, all of which involve small aircraft only.

Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016,
para. 7, Respondent's Record, Tab 1.

D. NewLeaf Inquiry

13. Staff-level analysis of the Greyhound Decision began in 2014, based on observations of how business models were developing and some of the challenges encountered with the application of the domestic licensing provisions.
14. In the spring of 2015, Agency staff became aware of a company named NewLeaf Travel Company Inc. (NewLeaf) that planned to partner with Flair Airlines Inc. (Flair) of Kelowna, BC. NewLeaf's proposed business plan involves the purchase and re-selling of tickets on large aircraft operated by Flair. Flair holds a domestic and non-scheduled international licence issued by the Agency.
- Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016,
para. 8, Respondent's Record, Tab 1.
15. In August 2015, the Chair of the Agency appointed a Panel pursuant to section 81 of the CTA to launch an inquiry into whether NewLeaf is operating an air service. Section 81 of the CTA provides that "(f)or the purposes of ensuring compliance with this Part, the Agency may inquire

into any matter for which a licence, permit or other document is required under this Part".

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 81,
Appendix A.

16. The Panel was also tasked to review the Agency's interpretation of the expression "operate an air service" first stated in the Greyhound Decision.

Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016,
para. 9, Respondent's Record, Tab 1.

17. The NewLeaf inquiry constitutes the first time since its Greyhound Decision that the Agency considered whether a reseller, involving large aircraft, requires an Agency licence. According to the ATRs, persons proposing to operate an air service using medium or large aircraft must also satisfy additional consumer protection provisions in the form of financial requirements.

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 8.1,
Appendix A.

E. Public Consultation

18. In its NewLeaf inquiry, the Agency considered a refinement of its interpretation of 'operate an air service' stated in the Greyhound Decision. Given this development, the Agency held public consultations on the issue of 'who is operating an air service', and therefore, would be required to hold a licence.

19. On December 21, 2015, a consultation document was published on the Agency's Web site. In the consultation document, the Agency identified its 'approach under consideration', namely:

Approach under consideration

Indirect Air Service Providers would not normally be required to hold a licence to sell air services directly to the public, as long as they charter licenced air carriers to operate the flights. This would apply to the operation of domestic and international air services. As these providers would not be subject to the licensing requirements, contracts they enter into with the public would not be subject to tariff protection, nor would they be subject to the financial and Canadian ownership requirements.

However, the Agency would preserve its discretion to apply legislative and regulatory requirements in a purposive manner to ensure that the objectives underpinning the air licensing regime continue to be met. Accordingly, should a person who does not operate aircraft hold themselves out to the public as an air carrier and not a charterer or structure their business model to circumvent the licensing requirements, the Agency could determine that they are operating the air service. Considerations in any such determination could include the manner in which they hold themselves out to the public, whether their involvement goes beyond a typical contractual charter arrangement, and the extent to which their operations are integrated into those of the air carrier.

When an air service is marketed and sold by an air carrier that has commercial control and the flights are operated by another air carrier, pursuant to a wet lease, code share, blocked space, capacity purchase agreement or other similar agreement, the Agency will continue to require the air carrier in commercial control to hold the license for that air service, consistent with existing regulatory requirements.

Exhibit "D" to the Affidavit of Carole Girard, sworn
February 24, 2016, Respondent's Record, Tab 1-D.

20. Interested parties were advised that should the Agency's review conclude that persons that market and sell an air service to the public, but do not operate any aircraft, are required to hold a

licence, they would be informed of such decision and be given reasonable time to apply for the required Agency licence(s).

Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016,
para. 13, Respondent's Record, Tab 1.

21. In the public consultations, the public was not asked to provide comments specifically on the issue of whether NewLeaf required a licence, nor was the public informed in this document about the ongoing NewLeaf inquiry.

F. The Agency's Determination

22. On March 29, 2016, the Agency issued its determination in Decision No. 100-A-2016. In making its decision, the Agency moved away from the expression "ISP" and instead referred in its decision to 'resellers'. A "reseller" is defined in the decision as "...a person who does not operate aircraft and who purchases the seating capacity of an air carrier and subsequently resells those seats, in its own right, to the public."

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at para. 5.

23. In Agency Decision 100-A-2016, the Agency determined that:
1. Resellers do not operate air services and are not required to hold an air licence, as long as they do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service.

2. NewLeaf, should it proceed with its proposed business model, would not operate an air service and would not be required to hold an air licence.

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at para. 2.

24. In making this determination regarding resellers, the Agency engaged in an exercise in statutory interpretation. The Agency stated:

Paragraph 57(a) of the CTA states that, "no person shall operate an air service unless, in respect of that service, the person holds a licence issued under this Part." In interpreting the expression "operate an air service," the words are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the legislation, the object of the legislation, and the intention of Parliament (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para. 21).

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at para. 24.

25. The Agency concluded that resellers do not operate an air service unless they hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service:

While the Agency finds that, on balance, the most reasonable interpretation of the statutory licensing provisions and their underlying objectives is that resellers are not operating air services and therefore, are not required to hold a licence, this will only be the case as long as those resellers do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service. The Agency finds that if they choose to do so, resellers would be operating an air service and would be required to hold a licence, thereby ensuring that the consumer protection purposes of the legislation are not undermined.

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at para. 41.

26. In determining that NewLeaf does not require a domestic licence, the Agency stated:

The Agency has reviewed all available information and finds that if the proposed business model is followed, NewLeaf would be a reseller that does not operate an air service and therefore does not need to obtain a licence. The Agency notes, however, that if NewLeaf were to hold itself out to the public as an air carrier operating an air service, it would be required to hold a licence.

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at para. 51.

**PART II
POINTS IN ISSUE**

27. The following are the points in issue:

- A. What is the appropriate standard of review to apply?
- B. Was the Agency's Decision No. 100-A-2016 within its authority to make?
- C. Whether costs should be awarded .

PART III
STATEMENT OF SUBMISSIONS

A. Standard of Review

28. The Agency is a quasi-judicial tribunal and regulator. In its capacity as a regulator, the Agency has issued thousands of domestic and international licences under the provisions of the CTA and ATR.

*Affidavit of Carole Girard, sworn February 24, 2016,
para. 2, Respondent's Record, Tab 1.*

29. The Agency respectfully submits that the question of whether resellers operate air services and should therefore be required to hold an air licence is a question of statutory interpretation. The interpretation of what it means to "operate an air service" is rooted in the Agency's home statute, specifically section 57(a) of the CTA. The Supreme Court of Canada has established that where a matter turns on a tribunal's interpretation of its home statute, a standard of reasonableness presumptively applies.

*Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.,
2015 SCC 44 at para. 73 – Respondent's Record, Tab 9.*

30. The courts have generally reviewed decisions of the Agency – an administrative body with specialized expertise – on a deferential standard.

*Canadian National Railway Company v. Canadian Transportation
Agency, 2013 FCA 270, at para. 3, citing Council of Canadians with
Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., 2007 SCC 15 at para. 100,
[2007] 1 S.C.R. 650) – Respondent's Record, Tab 5.*

31. Although the application is framed as raising a jurisdictional issue, the Supreme Court of Canada has indicated that such questions are rare, particularly where a tribunal is interpreting its home statute:

While it is possible to frame any interpretation of a tribunal's home statute as a question of whether the tribunal has the jurisdiction to take a particular action, this Court has rejected this definition of jurisdiction in the context of standard of review and emphasized that the category of "true questions of jurisdiction", if it exists at all, is narrow: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34.

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.,
2015 SCC 57, at para. 39 – Respondent's Record, Tab 4.

32. The Agency respectfully submits that its purpose in conducting the consultation and issuing a determination was to evaluate the meaning to be attributed to the notion of "operating an air service" pursuant to the CTA and that the application for judicial review should be read in this light. The Agency submits that this term is capable of more than one meaning. Where this is the case, this Court has found that the question is one of statutory interpretation and that deference is owed to the Agency's interpretation, to the extent that it is reasonable:

As recently discussed by the Supreme Court in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 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.

Lukács v. Canada (Transportation Agency), 2014 FCA 76,
para. 13 – Respondent's Record, Tab 8.

33. Accordingly, the Agency respectfully submits that the standard of reasonableness applies in this case.

B. The Agency's Decision No. 100-A-2016 was within its authority to make.

34. In its Decision 100-A-2016, the Agency refined its interpretation of the expression "operate an air service" according to accepted principles of statutory interpretation. The Agency stated:

Having carefully considered the wording of the CTA and the ATR, the CTA's underlying public policy purposes, and the submissions received during the consultation period, the Agency finds that the most reasonable interpretation of what it means to operate an air service does not capture resellers, as long as they do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service.

Factors that the Agency took into account in arriving at this interpretation include the plain meaning, context, and history of the statutory language; the national transportation policy, the CTA's passenger protection and Canadian ownership goals; and the manner in which resellers hold themselves out to the public.

Agency Decision No. 100-A-16 dated March 29, 2016
Respondent's Record, Tab 11, at paras. 25-26.

35. In a recent decision concerning the Agency's rail mandate, this Honourable Court recognized that the Agency is entitled to refine its interpretation of terminology contained within the CTA. In that decision, the Court found that it was acceptable for the Agency to consider its past decisions, applicable jurisprudence and the national transportation policy in order to refine its interpretation of statutory terms and to move away from an interpretation used in a previous Agency decision:

In the present case, the Agency recognized that the critical factor was the right “to perform all necessary operations in order to interchange traffic” (see Decision at paragraph 69), a position consistent with this Court’s decision in Fort Rouge. The rights which it identified allowed the Agency to consider that BNSF had a sufficient interest in the Coutts Yard for it to be treated as part of BNSF’s line of railway. The Agency has thus refined its view of when a railway company “has” a line of railway, moving away from a strictly ownership position, as in Celgar, to a more nuanced position based on functional integration. This refinement is in keeping with the Canada’s national transportation policy which favours competition and market forces, and discourages rates and conditions which are an undue obstacle to the movement of traffic. It is entirely within the Agency’s mandate to refine its approach to the issue of what constitutes an interchange.

Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities), 2015 FCA 1, at para. 61 – Respondent’s Record, Tab 6.

36. Just as in the case above, the Agency respectfully submits that in examining the meaning to be given to the notion of “operating an air service”, the Agency properly exercised its jurisdiction and conducted an exercise in statutory interpretation that falls squarely within its mandate.
37. The Agency considered that, in the case of resellers, the legislation’s consumer protection objectives, insurance, tariff and Canadian ownership protections would be met vis à vis the air carrier.
38. In refining its interpretation, the Agency did not attempt to circumvent the will of Parliament. Nor did it unlawfully exempt and/or exclude resellers from the licensing requirements. Instead, the Agency deliberately sought to give effect to that will by carefully considering both the plain language and underlying objectives of the licensing provisions.

39. While the Agency's interpretation of the licensing provisions provided in Decision 100-A-2016 is different than that stated in the Greyhound Decision, the Agency is not bound by its previous decisions.

C. Costs

40. As a self-represented litigant, the Applicant is not entitled to solicitor-client costs.

Spruce Hollow Heavy Haul Ltd. v. Madill, 2014 FC 548,
at para. 52 - Respondent's Record, Tab 10.

41. The Agency respectfully requests that the Applicant's request for his disbursements and an amount for his time be denied.

42. Generally, an administrative body like the Agency will neither be entitled to nor be ordered to pay costs, at least when responding to a court proceeding to address its jurisdiction and where there has been no misconduct on its part. Where the body has acted in good faith and conscientiously throughout, albeit resulting in error, the reviewing tribunal will not ordinarily impose costs.

Lang v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles),
2005 BCCA 244, at para. 47 citing Brown and Evans, Judicial
Review of Administrative Action in Canada (Toronto: Canvasback,
1998) - Respondent's Record, Tab 7.

43. It is respectfully submitted that costs and disbursements should not be awarded against the Agency as the Agency was acting in good faith in this matter so as to fulfill its statutory

mandate in a manner that is efficient, effective, responsive and exemplifying stewardship, as required under the Values and Ethics Code of the Public Sector. Furthermore, in the absence of respondents, the Agency has responded in this appeal in order to provide necessary and valuable assistance to this Honourable Court.

Treasury Board of Canada Secretariat, *Values and Ethics Code of the Public Sector*, Expected Behaviours – Respondent's Record, Tab 12.

44. Indeed, the Supreme Court of Canada has recognized the importance of having a fully informed adjudication of the issues before it. Because of its specialized expertise, or for want of an alternative knowledgeable advocate, submissions from an administrative body may be essential to achieve this objective.

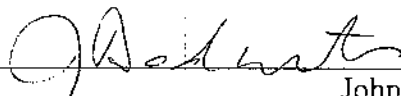
CAIMAW, Local 14 v. Paccar of Canada Ltd., (1989), 62 D.L.R. (4th) 437 (S.C.C.), at p. 1014 & 1017 – Respondent's Record, Tab 3.

18

**PART IV
ORDER SOUGHT**

45. The Agency respectfully requests that this application for judicial review be dismissed.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED. Dated at the City of Gatineau, in the
Province of Quebec, this 1st day of April, 2016.



John Dodsworth
Senior Counsel
Canadian Transportation Agency

PART V
LIST OF AUTHORITIES

Statutes and Regulations

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, Part II

Air Transportation Regulations, SOR/88-55, s. 7, 8, 8.1, 107(1)

Case Law

CAIMAW, Local 14 v. Paccar of Canada Ltd., (1989), 62 D.L.R. (4th) 437. (S.C.C.)

Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc., 2015 SCC 57

Canadian National Railway Company v. Canadian Transportation Agency, 2013 FCA 270

Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities), 2015 FCA 1

Lang v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles), 2005 BCCA 244

Lukács v. Canada (Transportation Agency), 2014 FCA 76

Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc., 2015 SCC 44

Spruce Hollow Heavy Haul Ltd. v. Madill, 2014 FC 548

Other Authorities

Agency Decision No. 100-A-2016 dated March 29, 2016

Treasury Board of Canada Secretariat, *Values and Ethics Code of the Public Sector*, Expected Behaviours

APPENDIX A

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, Part II

| PART II AIR TRANSPORTATION INTERPRETATION AND APPLICATION | | PARTIE II TRANSPORT AÉRIEN DÉFINITIONS ET CHAMP D'APPLICATION | |
|---|--|--|--|
| Definitions | 55. (1) In this Part, | 55. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie. | Définitions |
| "aircraft" « aéronef » | "aircraft" has the same meaning as in subsection 3(1) of the <i>Aeronautics Act</i> ; | « aéronef » S'entend au sens du paragraphe 3(1) de la <i>Loi sur l'aéronautique</i> . | « aéronef » "aircraft" |
| "air service" « service aérien » | "air service" means a service, provided by means of an aircraft, that is publicly available for the transportation of passengers or goods, or both; | « Canadien » Citoyen canadien ou résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la <i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> ; la notion englobe également les administrations publiques du Canada ou leurs mandataires et les personnes ou organismes, constitués au Canada sous le régime de lois fédérales ou provinciales et contrôlés de fait par des Canadiens, dont au moins soixante-quinze pour cent — ou tel pourcentage inférieur désigné par règlement du gouverneur en conseil — des actions assorties du droit de vote sont détenues et contrôlées par des Canadiens. | « Canadien » "Canadian" |
| "basic fare" « prix de base » | "basic fare" means (a) the fare in the tariff of the holder of a domestic licence that has no restrictions and represents the lowest amount to be paid for one-way air transportation of an adult with reasonable baggage between two points in Canada, or (b) where the licensee has more than one such fare between two points in Canada and the amount of any of those fares is dependent on the time of day or day of the week of travel, or both, the highest of those fares; | « document d'aviation canadien » S'entend au sens du paragraphe 3(1) de la <i>Loi sur l'aéronautique</i> . | « document d'aviation canadien » "Canadian aviation document" |
| "Canadian" « Canadien » | "Canadian" means a Canadian citizen or a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , a government in Canada or an agent of such a government or a corporation or other 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 seventy-five per cent, or such lesser percentage as the Governor in Council may by regulation specify, of the voting interests are owned and controlled by Canadians; | « licencié » Titulaire d'une licence délivrée par l'Office en application de la présente partie. | « licencié » "licensee" |
| | | « prix de base » a) Prix du tarif du titulaire d'une licence intérieure qui est sans restriction et qui constitue le montant le moins élevé à payer pour le transport aller, entre deux points situés au Canada, d'un adulte accompagné d'une quantité normale de bagages; b) dans les cas où un tel prix peut varier selon le moment du jour ou de la semaine, ou des deux, auquel s'effectue le voyage, le montant le plus élevé de ce prix. | « prix de base » "basic fare" |

| | | | |
|---|--|---|---|
| "Canadian aviation document" « document d'aviation canadien » | "Canadian aviation document" has the same meaning as in subsection 3(1) of the <i>Aeronautics Act</i> ; | « règlement » Règlement pris au titre de l'article 86. | « règlement » "prescribed" |
| "domestic licence" <i>Version anglaise seulement</i> | "domestic licence" means a licence issued under section 61; | « service aérien » Service offert, par aéronef, au public pour le transport des passagers, des marchandises, ou des deux. | « service aérien » "air service" |
| "domestic service" « service intérieur » | "domestic service" means an air service between points in Canada, from and to the same point in Canada or between Canada and a point outside Canada that is not in the territory of another country; | « service intérieur » Service aérien offert soit à l'intérieur du Canada, soit entre un point qui y est situé et un point qui lui est extérieur sans pour autant faire partie du territoire d'un autre pays. | « service intérieur » "domestic service" |
| "international service" « service international » | "international service" means an air service between Canada and a point in the territory of another country; | « service international » Service aérien offert entre le Canada et l'étranger. | « service international » "international service" |
| "licensee" « licencié » | "licensee" means the holder of a licence issued by the Agency under this Part; | « service international à la demande » Service international autre qu'un service international régulier. | « service international à la demande » "non-scheduled international service" |
| "non-scheduled international licence" <i>Version anglaise seulement</i> | "non-scheduled international licence" means a licence issued under subsection 73(1); | « service international régulier » Service international exploité à titre de service régulier aux termes d'un accord ou d'une entente à cet effet dont le Canada est signataire ou sous le régime d'une qualification faite en application de l'article 70. | « service international régulier » "scheduled international service" |
| "non-scheduled international service" « service international à la demande » | "non-scheduled international service" means an international service other than a scheduled international service; | « tarif » Barème des prix, taux, frais et autres conditions de transport applicables à la prestation d'un service aérien et des services connexes. | « tarif » "tariff" |
| "prescribed" « règlement » | "prescribed" means prescribed by regulations made under section 86; | « texte d'application » Arrêté ou règlement pris en application de la présente partie ou de telle de ses dispositions. | « texte d'application » <i>French version only</i> |
| "scheduled international licence" <i>Version anglaise seulement</i> | "scheduled international licence" means a licence issued under subsection 69(1); | | |
| "scheduled international service" « service international régulier » | "scheduled international service" means an international service that is a scheduled service pursuant to (a) an agreement or arrangement for the provision of that service to which Canada is a party, or (b) a determination made under section 70; | | |
| "tariff" « tarif » | "tariff" means a schedule of fares, rates, charges and terms and conditions of carriage applicable to the provision of an air service and other incidental services. | | |
| Affiliation | (2) For the purposes of this Part, (a) one corporation is affiliated with another corporation if (i) one of them is a subsidiary of the other, | (2) Pour l'application de la présente partie : a) des personnes morales sont du même groupe si l'une est la filiale de l'autre, si toutes deux sont des filiales d'une même per- | Groupe |

- (ii) both are subsidiaries of the same corporation, or
- (iii) both are controlled by the same person;
- (b) if two corporations are affiliated with the same corporation at the same time, they are deemed to be affiliated with each other;
- (c) a partnership or sole proprietorship is affiliated with another partnership or sole proprietorship if both are controlled by the same person;
- (d) a corporation is affiliated with a partnership or a sole proprietorship if both are controlled by the same person;
- (e) a corporation is a subsidiary of another corporation if it is controlled by that other corporation or by a subsidiary of that other corporation;
- (f) a corporation is controlled by a person other than Her Majesty in right of Canada or a province if
- (i) securities of the corporation to which are attached more than 50% of the votes that may be cast to elect directors of the corporation are held, directly or indirectly, whether through one or more subsidiaries or otherwise, otherwise than by way of security only, by or for the benefit of that person, and
- (ii) the votes attached to those securities are sufficient, if exercised, to elect a majority of the directors of the corporation;
- (g) a corporation is controlled by Her Majesty in right of Canada or a province if
- (i) the corporation is controlled by Her Majesty in the manner described in paragraph (f), or
- (ii) in the case of a corporation without share capital, a majority of the directors of the corporation, other than *ex officio* directors, are appointed by
- (A) the Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council of the province, as the case may be, or
- (B) a Minister of the government of Canada or the province, as the case may be; and
- sonne morale ou si chacune d'elles est contrôlée par la même personne;
- b) si deux personnes morales sont du groupe d'une même personne morale au même moment, elles sont réputées être du même groupe;
- c) une société de personnes ou une entreprise individuelle est du groupe d'une autre société de personnes ou d'une autre entreprise individuelle si toutes deux sont contrôlées par la même personne;
- d) une personne morale est du groupe d'une société de personnes ou d'une entreprise individuelle si toutes deux sont contrôlées par la même personne;
- e) une personne morale est une filiale d'une autre personne morale si elle est contrôlée par cette autre personne morale ou par une filiale de celle-ci;
- f) une personne morale est contrôlée par une personne autre que Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province si :
- (i) des valeurs mobilières de la personne morale conférant plus de cinquante pour cent des votes qui peuvent être exercés lors de l'élection des administrateurs de la personne morale en question sont détenues, directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs filiales, autrement qu'à titre de garantie uniquement, par cette personne ou pour son bénéficiaire;
- (ii) les votes que comportent ces valeurs mobilières sont suffisants, en supposant leur exercice, pour élire une majorité des administrateurs de la personne morale;
- g) une personne morale est contrôlée par Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province si :
- (i) la personne morale est contrôlée par Sa Majesté de la manière décrite à l'alinéa f),
- (ii) dans le cas d'une personne morale sans capital-actions, une majorité des administrateurs de la personne morale, autres que les administrateurs d'office, sont nommés par :

| | | | |
|-----------------------------|---|--|----------------------------------|
| | <p>(h) a partnership is controlled by a person if the person holds an interest in the partnership that entitles the person to receive more than 50% of the profits of the partnership or more than 50% of its assets on dissolution.</p> | <p>(A) soit le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil de la province, selon le cas;</p> <p>(B) soit un ministre du gouvernement du Canada ou de la province, selon le cas;</p> <p>h) contrôle une société de personnes la personne qui détient dans cette société des titres de participation lui donnant droit de recevoir plus de cinquante pour cent des bénéfices de la société ou plus de cinquante pour cent des éléments d'actif de celle-ci au moment de sa dissolution.</p> | |
| Definition of "person" | <p>(3) In subsection (2), "person" includes an individual, a partnership, an association, a corporation, a trustee, an executor, a liquidator of a succession, an administrator or a legal representative.</p> | <p>(3) Au paragraphe (2), « personne » s'entend d'un particulier, d'une société de personnes, d'une association, d'une personne morale, d'un fiduciaire, d'un exécuteur testamentaire ou du liquidateur d'une succession, d'un tuteur, d'un curateur ou d'un mandataire.</p> | Définition de « personne » |
| Control in fact | <p>(4) For greater certainty, nothing in subsection (2) shall be construed to affect the meaning of the expression "controlled in fact" in the definition "Canadian" in subsection (1).</p> <p>1996, c. 10, s. 55; 2000, c. 15, s. 1; 2001, c. 27, s. 222.</p> | <p>(4) Il demeure entendu que le paragraphe (2) n'a pas pour effet de modifier le sens de l'expression « contrôle de fait » dans la définition de « Canadien » au paragraphe (1).</p> <p>1996, ch. 10, art. 55; 2000, ch. 15, art. 1; 2001, ch. 27, art. 222.</p> | Contrôle de fait |
| Non-application of Part | <p>56. (1) This Part does not apply to a person that uses an aircraft on behalf of the Canadian Armed Forces or any other armed forces cooperating with the Canadian Armed Forces.</p> | <p>56. (1) La présente partie ne s'applique pas aux personnes qui utilisent un aéronef pour le compte des Forces armées canadiennes ou des forces armées coopérant avec celles-ci.</p> | Exclusions — forces armées |
| Specialty service exclusion | <p>(2) This Part does not apply to the operation of an air flight training service, aerial inspection service, aerial construction service, aerial photography service, aerial forest fire management service, aerial spraying service or any other prescribed air service.</p> | <p>(2) La présente partie ne s'applique pas à l'exploitation d'un service aérien de formation en vol, d'inspection, de travaux publics ou de construction, de photographie, d'épandage, de contrôle des incendies de forêt ou autre service prévu par règlement.</p> | Exclusion — services spécialisés |
| Emergency service exclusion | <p>(3) This Part does not apply to the provision of an air service if the federal government or a provincial or a municipal government declares an emergency under federal or provincial law, and that government directly or indirectly requests that the air service be provided to respond to the emergency.</p> | <p>(3) La présente partie ne s'applique pas à la fourniture d'un service aérien dans le cas où le gouvernement fédéral, le gouvernement d'une province ou une administration municipale déclare en vertu d'une loi fédérale ou provinciale qu'une situation de crise existe et présente directement ou indirectement une demande en vue d'obtenir ce service pour faire face à la situation de crise.</p> | Exclusion — urgences |
| Public interest | <p>(4) The Minister may, by order, prohibit the provision of an air service under subsection (3) or require the discontinuance of that air service if, in the opinion of the Minister, it is in the public interest to do so.</p> | <p>(4) Le ministre peut, par arrêté, interdire la fourniture d'un service aérien au titre du paragraphe (3) ou exiger qu'il y soit mis fin s'il estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire.</p> | Intérêt public |

Not a statutory instrument

(5) The order is not a statutory instrument within the meaning of the *Statutory Instruments Act*.

1996, c. 10, s. 56; 2007, c. 19, s. 14.

56.1 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.2 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.3 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.4 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.5 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.6 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

56.7 [Repealed, 2007, c. 19, s. 15]

PROHIBITIONS

Prohibition re operation

57. No person shall operate an air service unless, in respect of that service, the person

- (a) holds a licence issued under this Part;
- (b) holds a Canadian aviation document; and
- (c) has the prescribed liability insurance coverage.

Licence not transferable

58. A licence issued under this Part for the operation of an air service is not transferable.

Prohibition re sale

59. No person shall sell, cause to be sold or publicly offer for sale in Canada an air service unless, if required under this Part, a person holds a licence issued under this Part in respect of that service and that licence is not suspended.

1996, c. 10, s. 59; 2007, c. 19, s. 16.

Provision of aircraft with flight crew

60. (1) No person shall provide all or part of an aircraft, with a flight crew, to a licensee for the purpose of providing an air service pursuant to the licensee's licence and no licensee shall provide an air service using all or part of an aircraft, with a flight crew, provided by another person except

- (a) in accordance with regulations made by the Agency respecting disclosure of the identity of the operator of the aircraft and other related matters; and
- (b) where prescribed, with the approval of the Agency.

Conditions and Ministerial directions

(2) Approval by the Agency under subsection (1) is subject to any directions to the Agency issued by the Minister and to any terms and conditions that the Agency may specify in the

(5) Les arrêtés ne sont pas des textes réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*.

1996, ch. 10, art. 56; 2007, ch. 19, art. 14.

56.1 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.2 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.3 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.4 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.5 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.6 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

56.7 [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 15]

INTERDICTIONS

57. L'exploitation d'un service aérien est subordonnée à la détention, pour celui-ci, de la licence prévue par la présente partie, d'un document d'aviation canadien et de la police d'assurance responsabilité réglementaire.

Loi sur les textes réglementaires

Conditions d'exploitation

58. Les licences d'exploitation de services aériens sont incessibles.

Incessibilité

59. La vente, directe ou indirecte, et l'offre publique de vente, au Canada, d'un service aérien sont subordonnées à la détention, pour celui-ci, d'une licence en règle délivrée sous le régime de la présente partie.

1996, ch. 10, art. 59; 2007, ch. 19, art. 16.

Opérations visant le service

60. (1) La fourniture de tout ou partie d'aéronefs, avec équipage, à un licencié en vue de la prestation, conformément à sa licence, d'un service aérien et celle, par un licencié, d'un service aérien utilisant tout ou partie d'aéronefs, avec équipage, appartenant à un tiers sont assujetties :

Fourniture d'aéronefs

- a) au respect des règlements, notamment en matière de divulgation de l'identité des exploitants d'aéronefs;
- b) si les règlements l'exigent, à l'autorisation de l'Office.

(2) L'autorisation est assujettie aux directives que le ministre peut lui donner et peut comporter, lors de la délivrance ou par la suite en tant que de besoin, les conditions qu'il es-

Directives ministérielles et conditions

approval, including terms and conditions respecting routes to be followed, points or areas to be served, size and type of aircraft to be operated, schedules, places of call, tariffs, fares, rates and charges, insurance, carriage of passengers and, subject to the *Canada Post Corporation Act*, carriage of goods.

LICENCE FOR DOMESTIC SERVICE

Issue of licence

61. On application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency shall issue a licence to operate a domestic service to the applicant if

(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

(i) is a Canadian,

(ii) holds a Canadian aviation document in respect of the service to be provided under the licence,

(iii) has the prescribed liability insurance coverage in respect of the service to be provided under the licence, and

(iv) meets prescribed financial requirements; and

(b) the Agency is satisfied that the applicant has not contravened section 59 in respect of a domestic service within the preceding twelve months.

Qualification exemption

62. (1) Where the Minister considers it necessary or advisable in the public interest that a domestic licence be issued to a person who is not a Canadian, the Minister may, by order, on such terms and conditions as may be specified in the order, exempt the person from the application of subparagraph 61(a)(i) for the duration of the order.

Statutory Instruments Act

(2) The order is not a regulation for the purposes of the *Statutory Instruments Act*.

Publication

(3) The Minister must, as soon as feasible, make the name of the person who is exempted and the exemption's duration accessible to the public through the Internet or by any other means that the Minister considers appropriate.

1996, c. 10, s. 62; 2013, c. 31, s. 5.

time indiqué d'imposer, notamment en ce qui concerne les routes aériennes à suivre, les points ou régions à desservir, la dimension et la catégorie des aéronefs à exploiter, les horaires, les escales, les tarifs, l'assurance, le transport des passagers et, sous réserve de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, celui des marchandises.

SERVICE INTÉRIEUR

Délivrance de la licence

61. L'Office, sur demande et paiement des droits indiqués, délivre une licence pour l'exploitation d'un service intérieur au demandeur :

a) qui, dans la demande, justifie du fait :

(i) qu'il est Canadien,

(ii) qu'à l'égard du service, il détient un document d'aviation canadien,

(iii) qu'à l'égard du service, il détient la police d'assurance responsabilité réglementaire,

(iv) qu'il remplit les exigences financières réglementaires;

b) dont il est convaincu qu'il n'a pas, dans les douze mois précédents, enfreint l'article 59 relativement à un service intérieur.

Exemption

62. (1) Lorsqu'il estime souhaitable ou nécessaire dans l'intérêt public de délivrer une licence intérieure à une personne qui n'a pas la qualité de Canadien, le ministre peut, par arrêté assorti ou non de conditions, l'exempter de l'obligation de justifier de cette qualité, l'exemption restant valide tant que l'arrêté reste en vigueur.

Loi sur les textes réglementaires

(2) L'arrêté n'est pas un règlement pour l'application de la *Loi sur les textes réglementaires*.

Publication

(3) Dès que possible, le ministre rend le nom de la personne bénéficiant de l'exemption et la durée de celle-ci accessibles au public par Internet ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué.

1996, ch. 10, art. 62; 2013, ch. 31, art. 5.

| | | | |
|---|--|--|---------------------------------------|
| Mandatory suspension or cancellation | 63. (1) The Agency shall suspend or cancel the domestic licence of a person where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the person ceases to meet any of the requirements of subparagraphs 61(a)(i) to (iii). | 63. (1) L'Office suspend ou annule la licence s'il est convaincu que le licencié ne répond plus à telle des conditions mentionnées aux sous-alinéas 61a)(i) à (iii). | Suspension ou annulation obligatoire |
| Discretionary suspension or cancellation | (2) The Agency may suspend or cancel a domestic licence (a) where the Agency determines that, in respect of the service for which the domestic licence was issued, the licensee has contravened, or does not meet the requirements of, any regulation or order made under this Part or any provision of this Part other than subparagraphs 61(a)(i) to (iii); or (b) subject to section 64, in accordance with a request from the licensee for the suspension or cancellation. | (2) L'Office peut suspendre ou annuler la licence : a) s'il est convaincu que le licencié a, relativement au service, enfreint d'autres conditions que celles mentionnées au paragraphe (1) ou telle des dispositions de la présente partie ou de ses textes d'application; b) sous réserve de l'article 64, sur demande du licencié. | Suspension ou annulation facultative |
| Reinstatement condition | (3) The Agency shall not reinstate a domestic licence that has been suspended for sixty days or longer unless the licensee establishes to the satisfaction of the Agency that the person meets the prescribed financial requirements. | (3) L'Office ne peut rétablir une licence suspendue depuis au moins soixante jours que si l'intéressé justifie du fait qu'il remplit les exigences financières réglementaires. | Rétablissement de la licence |
| Notice of discontinuance or reduction of certain services | 64. (1) Where a licensee proposes to discontinue a domestic service or to reduce the frequency of such a service to a point to less than one flight per week and, as a result of the proposed discontinuance or reduction, there will be only one licensee or no licensee offering at least one flight per week to that point, the licensee shall give notice of the proposal in prescribed form and manner to such persons as are prescribed. | 64. (1) Le licencié qui se propose d'interrompre un service intérieur à un point ou d'en ramener la fréquence à moins d'un vol hebdomadaire est tenu, si cette mesure a pour effet qu'il y aura au plus un licencié offrant un service à une fréquence minimale d'un vol hebdomadaire, d'aviser, en la forme et selon les modalités réglementaires, les destinataires désignés par règlement. | Interruption ou réduction de services |
| Notice of discontinuance of certain services | (1.1) If a licensee proposes to discontinue its year-round non-stop scheduled air service between two points in Canada and that discontinuance would result in a reduction, as compared to the week before the proposal is to take effect, of at least 50% of the weekly passenger-carrying capacity of all licensees operating year-round non-stop scheduled air services between those two points, the licensee shall give notice of the proposal in the prescribed form and manner to the prescribed persons. | (1.1) Le licencié qui se propose d'interrompre un service aérien régulier sans escale offert à longueur d'année entre deux points au Canada, est tenu d'en aviser, selon les modalités réglementaires, les personnes désignées par règlement si l'interruption aurait pour effet de réduire d'au moins cinquante pour cent la capacité hebdomadaire de transport de passagers, par rapport à celle de la semaine précédant son entrée en vigueur, de l'ensemble des licenciés offrant à longueur d'année des services aériens réguliers sans escale entre ces deux points. | Avis d'interruption de services |
| Discussion with elected officials | (1.2) A licensee shall, as soon as practicable, provide an opportunity for elected officials of the municipal or local government of the community of the point or points, as the case may be, to meet and discuss with the licensee the | (1.2) Le licencié offre dans les meilleurs délais aux représentants élus des administrations municipales ou locales de la collectivité où se trouvent le ou les points touchés la possibilité de le rencontrer et de discuter avec lui de l'effet | Consultation |

| | | | |
|---|---|--|---|
| | impact of the proposed discontinuance or reduction. | qu'auraient l'interruption ou la réduction du service. | |
| Notice period | (2) A licensee shall not implement a proposal referred to in subsection (1) or (1.1) until the expiry of 120 days, or 30 days if the service referred to in that subsection has been in operation for less than one year, after the notice is given or until the expiry of any shorter period that the Agency may, on application by the licensee, specify by order. | (2) Le licencié ne peut donner suite au projet mentionné aux paragraphes (1) ou (1.1) avant l'expiration soit des cent vingt jours ou, dans le cas où le service visé à ces paragraphes est offert depuis moins d'un an, des trente jours suivant la signification de l'avis, soit du délai inférieur fixé, à sa demande, par ordonnance de l'Office. | Délai |
| Considerations re whether exemption to be granted | (3) In considering whether to specify a shorter period under subsection (2), the Agency shall have regard to (a) the adequacy of alternative modes of public transportation available at or in the vicinity of the point referred to in subsection (1) or between the points referred to in subsection (1.1); (b) other means by which air service to the point or between the points is or is likely to be provided; (c) whether the licensee has complied with subsection (1.2); and (d) the particular circumstances of the licensee. | (3) Pour décider s'il convient de fixer un délai inférieur, l'Office tient compte : a) du fait que les autres modes de transport desservant le point visé au paragraphe (1), ou ses environs, ou existant entre les points visés au paragraphe (1.1), sont satisfaisants ou non; b) de l'existence ou de la probabilité d'autres liaisons aériennes à destination du point ou entre les points; c) du fait que le licencié a respecté ou non les exigences du paragraphe (1.2); d) de la situation particulière du licencié. | Examen relatif à l'exemption |
| Definition of "non-stop scheduled air service" | (4) In this section, "non-stop scheduled air service" means an air service operated between two points without any stops in accordance with a published timetable or on a regular basis. 1996, c. 10, s. 64; 2000, c. 15, s. 3; 2007, c. 19, s. 17. | (4) Au présent article, « service aérien régulier sans escale » s'entend d'un service aérien sans escale offert entre deux points soit régulièrement, soit conformément à un horaire publié. 1996, ch. 10, art. 64; 2000, ch. 15, art. 3; 2007, ch. 19, art. 17. | Définition de « service aérien régulier sans escale » |
| Complaints re non-compliance | 65. Where, on complaint in writing to the Agency by any person, the Agency finds that a licensee has failed to comply with section 64 and that it is practicable in the circumstances for the licensee to comply with an order under this section, the Agency may, by order, direct the licensee to reinstate the service referred to in that section (a) for such a period, not exceeding 120 days after the date of the finding by the Agency, as the Agency deems appropriate; and (b) at such a frequency as the Agency may specify. 1996, c. 10, s. 65; 2007, c. 19, s. 18. | 65. L'Office, saisi d'une plainte formulée par écrit à l'encontre d'un licencié, peut, s'il constate que celui-ci ne s'est pas conformé à l'article 64 et que les circonstances permettent à celui-ci de se conformer à l'arrêté, ordonner à celui-ci de rétablir le service pour la période, d'au plus cent vingt jours après la date de son constat, qu'il estime indiquée, et selon la fréquence qu'il peut fixer. 1996, ch. 10, art. 65; 2007, ch. 19, art. 18. | Plaintes relatives aux infractions |
| Unreasonable fares or rates | 66. (1) If, on complaint in writing to the Agency by any person, the Agency finds that a | 66. (1) S'il conclut, sur dépôt d'une plainte, qu'un licencié, y compris les licenciés de son | Prix ou taux excessifs |

licensee, including affiliated licensees, is the only person providing a domestic service between two points and that a fare, cargo rate or increase in a fare or cargo rate published or offered in respect of the service is unreasonable, the Agency may, by order,

- (a) disallow the fare, rate or increase;
- (b) direct the licensee to amend its tariff by reducing the fare, rate or increase by the amounts and for the periods that the Agency considers reasonable in the circumstances; or
- (c) direct the licensee, if practicable, to refund amounts specified by the Agency, with interest calculated in the prescribed manner, to persons determined by the Agency to have been overcharged by the licensee.

Complaint of inadequate range of fares or rates

(2) If, on complaint in writing to the Agency by any person, the Agency finds that a licensee, including affiliated licensees, is the only person providing a domestic service between two points and that it is offering an inadequate range of fares or cargo rates in respect of that service, the Agency may, by order, direct the licensee, for a period that the Agency considers reasonable in the circumstances, to publish and apply in respect of that service one or more additional fares or cargo rates that the Agency considers reasonable in the circumstances.

Relevant information

(3) When making a finding under subsection (1) or (2) that a fare, cargo rate or increase in a fare or cargo rate published or offered in respect of a domestic service between two points is unreasonable or that a licensee is offering an inadequate range of fares or cargo rates in respect of a domestic service between two points, the Agency may take into consideration any information or factor that it considers relevant, including

- (a) historical data respecting fares or cargo rates applicable to domestic services between those two points;
- (b) fares or cargo rates applicable to similar domestic services offered by the licensee and one or more other licensees, including terms and conditions related to the fares or cargo rates, the number of seats available at those fares and the cargo capacity and cargo container types available at those rates;

groupe, est la seule personne à offrir un service intérieur entre deux points, d'une part, et qu'un prix ou un taux, ou une augmentation de prix ou de taux, publiés ou appliqués à l'égard de ce service sont excessifs, d'autre part, l'Office peut, par ordonnance :

- a) annuler le prix, le taux ou l'augmentation;
- b) enjoindre au licencié de modifier son tarif afin de réduire d'une somme, et pour une période, qu'il estime indiquées dans les circonstances le prix, le taux ou l'augmentation;
- c) lui enjoindre de rembourser, si possible, les sommes qu'il détermine, majorées des intérêts calculés de la manière réglementaire, aux personnes qui, selon lui, ont versé des sommes en trop.

(2) S'il conclut, sur dépôt d'une plainte, qu'un licencié, y compris les licenciés de son groupe, est la seule personne à offrir un service intérieur entre deux points, d'une part, et que celui-ci offre une gamme de prix ou de taux insuffisante à l'égard de ce service, d'autre part, l'Office peut, par ordonnance, enjoindre au licencié, pour la période qu'il estime indiquée dans les circonstances, de publier et d'appliquer à l'égard de ce service un ou plusieurs prix ou taux supplémentaires qu'il estime indiqués dans les circonstances.

Gamme de prix insuffisante

(3) Pour décider, au titre des paragraphes (1) ou (2), si le prix, le taux ou l'augmentation de prix ou de taux publiés ou appliqués à l'égard d'un service intérieur entre deux points sont excessifs ou si le licencié offre une gamme de prix ou de taux insuffisante à l'égard d'un service intérieur entre deux points, l'Office peut tenir compte de tout renseignement ou facteur qu'il estime pertinent, notamment :

Facteurs à prendre en compte

- a) de renseignements relatifs aux prix ou aux taux appliqués antérieurement à l'égard des services intérieurs entre ces deux points;
- b) des prix ou des taux applicables à l'égard des services intérieurs similaires offerts par le licencié et un ou plusieurs autres licenciés, y compris les conditions relatives aux prix ou aux taux applicables, le nombre de places offertes à ces prix et la capacité de transport et les types de conteneurs pour le transport disponibles à ces taux;

(b.1) the competition from other modes of transportation, if the finding is in respect of a cargo rate, an increase in a cargo rate or a range of cargo rates; and

(c) any other information provided by the licensee, including information that the licensee is required to provide under section 83.

Alternative domestic services

(4) The Agency may find that a licensee is the only person providing a domestic service between two points if every alternative domestic service between those points is, in the Agency's opinion, unreasonable, taking into consideration 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.

Alternative service

(4.1) The Agency shall not make an order under subsection (1) or (2) in respect of a licensee found by the Agency to be the only person providing a domestic service between two points if, in the Agency's opinion, there exists 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,

b.1) de la concurrence des autres moyens de transport, si la décision vise le taux, l'augmentation de taux ou la gamme de taux;

c) des autres renseignements que lui fournit le licencié, y compris ceux qu'il est tenu de fournir au titre de l'article 83.

Services insuffisants

(4) L'Office peut conclure qu'un licencié est la seule personne à offrir un service intérieur entre deux points s'il estime que tous les autres services intérieurs offerts entre ces points sont insuffisants, compte tenu du nombre d'escales, 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.

Autres services

(4.1) L'Office ne rend pas l'ordonnance prévue aux paragraphes (1) ou (2) à l'égard du licencié s'il conclut que celui-ci est la seule personne à offrir un service intérieur entre deux points et s'il estime qu'il existe un autre 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'escales, 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

| | | | |
|--|--|--|---|
| | <p>the person providing the information or on whose behalf it is provided; and</p> <p>(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.</p> <p>1996, c. 10, s. 66; 2000, c. 15, s. 4; 2007, c. 19, s. 19.</p> | <p>qui les a fournis ou de nuire à sa compétitivité;</p> <p>c) les renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations — contractuelles ou autres — menées par la personne qui les a fournis.</p> <p>1996, ch. 10, art. 66; 2000, ch. 15, art. 4; 2007, ch. 19, art. 19.</p> | |
| Tariffs to be made public | <p>67. (1) The holder of a domestic licence shall</p> <p>(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;</p> <p>(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;</p> <p>(b) in its tariffs, specifically identify the basic fare between all points for which a domestic service is offered by the licensee; and</p> <p>(c) retain a record of its tariffs for a period of not less than three years after the tariffs have ceased to have effect.</p> | <p>67. (1) Le licencié doit :</p> <p>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;</p> <p>a.1) publier les conditions de transport sur tout site Internet qu'il utilise pour vendre le service intérieur;</p> <p>b) indiquer clairement dans ses tarifs le prix de base du service intérieur qu'il offre entre tous les points qu'il dessert;</p> <p>c) conserver ses tarifs en archive pour une période minimale de trois ans après leur cessation d'effet.</p> | Publication des tarifs |
| Prescribed tariff information to be included | <p>(2) A tariff referred to in subsection (1) shall include such information as may be prescribed.</p> | <p>(2) Les tarifs comportent les renseignements exigés par règlement.</p> | Renseignements tarifaires |
| No fares, etc., unless set out in tariff | <p>(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.</p> | <p>(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).</p> | Interdiction |
| Copy of tariff on payment of fee | <p>(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.</p> <p>1996, c. 10, s. 67; 2000, c. 15, s. 5; 2007, c. 19, s. 20.</p> | <p>(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.</p> <p>1996, ch. 10, art. 67; 2000, ch. 15, art. 5; 2007, ch. 19, art. 20.</p> | Exemplaire du tarif |
| Fares or rates not set out in tariff | <p>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</p> | <p>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</p> | Prix, taux, frais ou conditions non inclus au tarif |

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.

Prohibition on advertising

(2) The holder of a domestic licence shall not advertise or apply any term or condition of carriage that is suspended or has been disallowed.

2000, c. 15, s. 6; 2007, c. 19, s. 22(F).

Non-application of fares, etc.

68. (1) Sections 66 to 67.2 do not apply in respect of fares, rates or charges applicable to a domestic service provided for under a contract between a holder of a domestic licence and another person whereby the parties to the contract agree to keep its provisions confidential.

Non-application of terms and conditions

(1.1) Sections 66 to 67.2 do not apply in respect of terms and conditions of carriage applicable to a domestic service provided for under a contract referred to in subsection (1) to which an employer is a party and that relates to travel by its employees.

Provisions regarding exclusive use of services

(2) The parties to the contract shall not include in it provisions with respect to the exclusive use by the other person of a domestic service operated by the holder of the domestic licence between two points in accordance with a published timetable or on a regular basis, unless the contract is for all or a significant portion of the capacity of a flight or a series of flights.

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 figuraient 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.

Interdiction d'annoncer

(2) Il est interdit au titulaire d'une licence intérieure d'annoncer ou d'appliquer une condition de transport suspendue ou annulée.

2000, ch. 15, art. 6; 2007, ch. 19, art. 22(F).

Non-application de certaines dispositions

68. (1) Les articles 66 à 67.2 ne s'appliquent pas aux prix, taux ou frais applicables au service intérieur qui fait l'objet d'un contrat entre le titulaire d'une licence intérieure et une autre personne et par lequel les parties conviennent d'en garder les stipulations confidentielles.

Non-application aux conditions de transport

(1.1) Les articles 66 à 67.2 ne s'appliquent pas aux conditions de transport applicables au service intérieur qui fait l'objet d'un contrat visé au paragraphe (1) portant sur les voyages d'employés faits pour le compte d'un employeur qui est partie au contrat.

Stipulations interdites

(2) Le contrat ne peut comporter aucune clause relative à l'usage exclusif par l'autre partie des services intérieurs offerts entre deux points par le titulaire de la licence intérieure, soit régulièrement, soit conformément à un horaire publié, sauf s'il porte sur la totalité ou une partie importante des places disponibles sur un vol ou une série de vols.

| | | | |
|---|---|--|--------------------------------|
| Retention of contract required | <p>(3) The holder of a domestic licence who is a party to the contract shall retain a copy of it for a period of not less than three years after it has ceased to have effect and, on request made within that period, shall provide a copy of it to the Agency.</p> <p>1996, c. 10, s. 68; 2000, c. 15, s. 7; 2007, c. 19, s. 23.</p> | <p>(3) Le titulaire d'une licence intérieure est tenu de conserver, au moins trois ans après son expiration, un double du contrat et d'en fournir un exemplaire à l'Office pendant cette période s'il lui en fait la demande.</p> <p>1996, ch. 10, art. 68; 2000, ch. 15, art. 7; 2007, ch. 19, art. 23.</p> | Double à conserver |
| LICENCE FOR SCHEDULED INTERNATIONAL SERVICE | | SERVICE INTERNATIONAL RÉGULIER | |
| Issue of licence | <p>69. (1) On application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency shall issue a licence to operate a scheduled international service to the applicant if</p> <p>(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) is, pursuant to subsection (2) or (3), eligible to hold the licence,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) holds a Canadian aviation document in respect of the service to be provided under the licence,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) has the prescribed liability insurance coverage in respect of the service to be provided under the licence, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iv) where the applicant is a Canadian, meets the prescribed financial requirements; and</p> <p>(b) the Agency is satisfied that the applicant has not contravened section 59 in respect of the service to be provided under the licence within the preceding twelve months.</p> | <p>69. (1) L'Office, sur demande et paiement des droits indiqués, délivre une licence pour l'exploitation d'un service international régulier au demandeur :</p> <p>a) qui, dans la demande, justifie du fait :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) qu'il y est habilité, sous le régime des paragraphes (2) ou (3),</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) qu'à l'égard du service, il détient un document d'aviation canadien,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) qu'à l'égard du service, il détient la police d'assurance responsabilité réglementaire,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iv) qu'il remplit, s'agissant d'un Canadien, les exigences financières réglementaires;</p> <p>b) dont il est convaincu qu'il n'a pas, dans les douze mois précédents, enfreint l'article 59 relativement au service.</p> | Délivrance de la licence |
| Eligibility of Canadians | <p>(2) The Minister may, in writing, designate any Canadian as eligible to hold a scheduled international licence. That Canadian remains eligible while the designation remains in force.</p> | <p>(2) Le ministre peut, par écrit, désigner des Canadiens qu'il habilité à détenir une licence pour l'exploitation d'un service international régulier; l'habilitation reste valide tant que la désignation est en vigueur.</p> | Habilitation des Canadiens |
| Eligibility of non-Canadians | <p>(3) A non-Canadian is eligible to hold a scheduled international licence if the non-Canadian</p> <p>(a) has been designated by a foreign government or an agent of a foreign government to operate an air service under the terms of an agreement or arrangement between that government and the Government of Canada; and</p> <p>(b) holds, in respect of the air service, a document issued by a foreign government or agent that, in respect of the service to be pro-</p> | <p>(3) Peut détenir une telle licence le non-Canadien qui :</p> <p>a) a fait l'objet, de la part d'un gouvernement étranger ou du mandataire de celui-ci, d'une désignation l'habilitant à exploiter un service aérien aux termes d'un accord ou d'une entente entre ce gouvernement et celui du Canada;</p> <p>b) détient en outre, à l'égard du service, un document délivré par un gouvernement</p> | Habilitation des non-Canadiens |

vided under the document, is equivalent to a scheduled international licence.

1996, c. 10, s. 69; 2013, c. 31, s. 6.

Determination of scheduled international service

70. The Minister may, in writing to the Agency,

(a) determine that an international service is a scheduled international service; or

(b) withdraw a determination made under paragraph (a).

Terms and conditions of scheduled international licence

71. (1) Subject to any directions issued to the Agency under section 76, the Agency may, on the issuance of a scheduled international licence or from time to time thereafter, make the licence subject, in addition to any terms and conditions prescribed in respect of the licence, to such terms and conditions as the Agency deems to be consistent with the agreement, convention or arrangement pursuant to which the licence is being issued, including terms and conditions respecting routes to be followed, points or areas to be served, size and type of aircraft to be operated, schedules, places of call, tariffs, fares, rates and charges, insurance, carriage of passengers and, subject to the *Canada Post Corporation Act*, carriage of goods.

Compliance with terms and conditions

(2) The holder of a scheduled international licence shall comply with every term and condition to which the licence is subject.

Mandatory suspension or cancellation

72. (1) The Agency shall suspend or cancel a scheduled international licence where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the licensee ceases to meet any of the requirements of subparagraphs 69(1)(a)(i) to (iii).

Discretionary suspension or cancellation

(2) The Agency may suspend or cancel a scheduled international licence

(a) where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the licensee has contravened, or does not meet the requirements of, any regulation or order made under this Part or any provision of this Part other than subparagraphs 69(1)(a)(i) to (iii); or

(b) in accordance with a request from the licensee for the suspension or cancellation.

Reinstatement condition

(3) The Agency shall not reinstate the scheduled international licence of a Canadian

étranger, ou par son mandataire, équivalant à une licence internationale service régulier.

1996, ch. 10, art. 69; 2013, ch. 31, art. 6.

Qualification : service international régulier

70. Le ministre peut, par note expédiée à l'Office, qualifier de régulier un service international ou révoquer une telle qualification.

Conditions liées à la licence

71. (1) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'Office peut, lors de la délivrance de la licence ou par la suite en tant que de besoin, assujettir celle-ci aux conditions — outre les conditions réglementaires — réputées conformes à l'accord, la convention ou l'entente au titre duquel elle est délivrée, notamment en ce qui concerne les routes aériennes à suivre, les points ou régions à desservir, la dimension et la catégorie des aéronefs à exploiter, les horaires, les escales, les tarifs, l'assurance, le transport des passagers et, sous réserve de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, celui des marchandises.

Obligations du licencié

(2) Le licencié est tenu de respecter toutes les conditions auxquelles sa licence est assujettie.

Suspension ou annulation obligatoire

72. (1) L'Office suspend ou annule la licence s'il est convaincu que le licencié ne répond plus à telle des conditions mentionnées aux sous-alinéas 69(1)(a)(i) à (iii).

Suspension ou annulation facultative

(2) L'Office peut suspendre ou annuler la licence :

a) s'il est convaincu que le licencié a, relativement au service, enfreint des conditions autres que celles mentionnées au paragraphe (1) ou telle des dispositions de la présente partie ou de ses textes d'application;

b) sur demande du licencié.

Rétablissement de la licence

(3) L'Office ne peut rétablir la licence d'un Canadien suspendue depuis au moins soixante

that has been suspended for sixty days or longer unless the Canadian establishes to the satisfaction of the Agency that the Canadian meets the prescribed financial requirements.

LICENCE FOR NON-SCHEDULED INTERNATIONAL SERVICE

Issue of licence

73. (1) Subject to any directions issued to the Agency under section 76, on application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency shall issue a licence to operate a non-scheduled international service to the applicant if

(a) the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

(i) is a Canadian,

(ii) holds a Canadian aviation document in respect of the service to be provided under the licence,

(iii) has the prescribed liability insurance coverage in respect of the service to be provided under the licence, and

(iv) meets prescribed financial requirements; and

(b) the Agency is satisfied that the applicant has not contravened section 59 in respect of the service to be provided under the licence within the preceding twelve months.

Non-Canadian applicant

(2) Subject to any directions issued to the Agency under section 76, on application to the Agency and on payment of the specified fee, the Agency may issue a non-scheduled international licence to a non-Canadian applicant if the applicant establishes in the application to the satisfaction of the Agency that the applicant

(a) holds a document issued by the government of the applicant's state or an agent of that government that, in respect of the service to be provided under the document, is equivalent to the non-scheduled international licence for which the application is being made; and

(b) meets the requirements of subparagraphs (1)(a)(ii) and (iii) and paragraph (1)(b).

Terms and conditions of non-scheduled international licence

74. (1) Subject to any directions issued to the Agency under section 76, the Agency may, on the issuance of a non-scheduled international

licence, if the applicant establishes to the satisfaction of the Agency that the applicant meets the prescribed financial requirements, issue a licence to the applicant if

SERVICE INTERNATIONAL À LA DEMANDE

Délivrance aux Canadiens

73. (1) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'Office, sur demande et paiement des droits indiqués, délivre une licence pour l'exploitation d'un service international à la demande au demandeur :

a) qui, dans la demande, justifie du fait :

(i) qu'il est Canadien,

(ii) qu'à l'égard du service, il détient un document d'aviation canadien,

(iii) qu'à l'égard du service, il détient la police d'assurance responsabilité réglementaire,

(iv) qu'il remplit les exigences financières réglementaires;

b) dont il est convaincu qu'il n'a pas, dans les douze mois précédents, enfreint l'article 59 relativement au service à offrir.

Délivrance aux non-Canadiens

(2) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'Office, sur demande et paiement des droits indiqués, peut délivrer une licence pour l'exploitation d'un service international à la demande au non-Canadien qui, dans la demande, justifie du fait, qu'à l'égard du service :

a) il détient un document, délivré par le gouvernement de son État ou par son mandataire, équivalant à une licence internationale service à la demande;

b) il remplit les conditions mentionnés aux sous-alinéas (1)a)(ii) et (iii) et à l'alinéa (1)b).

Conditions liées à la licence

74. (1) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'Office peut, lors de la délivrance de la licence ou par la suite en tant que de be-

al licence or from time to time thereafter, make the licence subject, in addition to any terms and conditions prescribed in respect of the licence, to such terms and conditions as the Agency deems appropriate, including terms and conditions respecting points or areas to be served, size and type of aircraft to be operated, schedules, places of call, tariffs, fares, rates and charges, insurance, carriage of passengers and, subject to the *Canada Post Corporation Act*, carriage of goods.

Compliance with terms and conditions

(2) The holder of a non-scheduled international licence shall comply with every term and condition to which the licence is subject.

Mandatory suspension or cancellation

75. (1) The Agency shall suspend or cancel a non-scheduled international licence where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the licensee ceases to meet any of the requirements of

(a) in respect of a Canadian licensee, subparagraphs 73(1)(a)(i) to (iii); and

(b) in respect of a non-Canadian licensee, subparagraphs 73(1)(a)(ii) and (iii) and paragraph 73(2)(a).

Discretionary suspension or cancellation

(2) The Agency may suspend or cancel a non-scheduled international licence

(a) where the Agency determines that, in respect of the service for which the licence was issued, the licensee has contravened, or does not meet the requirements of, any regulation or order made under this Part or any provision of this Part other than the provisions referred to in paragraphs (1)(a) and (b); or

(b) in accordance with a request from the licensee for the suspension or cancellation.

Reinstatement condition

(3) The Agency shall not reinstate the non-scheduled international licence of a Canadian that has been suspended for sixty days or longer unless the Canadian establishes to the satisfaction of the Agency that the Canadian meets the prescribed financial requirements.

ISSUANCE OF INTERNATIONAL CHARTER PERMITS

Issuance, amendment and cancellation of permits

75.1 The issuance of a permit for the operation of an international charter to a licensee and the amendment or cancellation of the permit

soin, assujettir celle-ci aux conditions — outre les conditions réglementaires — qu'il estime indiqué d'imposer, notamment en ce qui concerne les points ou régions à desservir, la dimension et la catégorie des aéronefs à exploiter, les horaires, les escales, les tarifs, l'assurance, le transport des passagers et, sous réserve de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, celui des marchandises.

(2) Le licencié est tenu de respecter toutes les conditions auxquelles sa licence est assujettie.

75. (1) L'Office suspend ou annule la licence s'il est convaincu que le licencié ne répond plus à telle des conditions mentionnées, pour un Canadien, aux sous-alinéas 73(1)a)(i) à (iii) et, pour un non-Canadien, aux sous-alinéas 73(1)a)(ii) et (iii) ou à l'alinéa 73(2)a).

(2) L'Office peut suspendre ou annuler la licence :

a) s'il est convaincu que le licencié a, relativement au service, enfreint des conditions autres que celles mentionnées au paragraphe (1) ou telle des dispositions de la présente partie ou de ses textes d'application;

b) sur demande du licencié.

(3) L'Office ne peut rétablir la licence d'un Canadien suspendue depuis au moins soixante jours que si celui-ci justifie du fait qu'il remplit les exigences financières réglementaires.

DÉLIVRANCE DE PERMIS D'AFFRÈTEMENT INTERNATIONAL

75.1 La délivrance d'un permis d'affrètement international à un licencié, de même que la modification ou l'annulation d'un tel permis,

Obligations du licencié

Suspension ou annulation obligatoire

Suspension ou annulation facultative

Rétablissement de la licence

Délivrance, modification et annulation de permis

shall be made in accordance with regulations made under paragraph 86(1)(e).

2007, c. 19, s. 24.

MINISTERIAL DIRECTIONS FOR INTERNATIONAL SERVICE

Minister may issue directions

76. (1) Where the Minister determines that it is necessary or advisable to provide direction to the Agency in respect of the exercise of any of its powers or the performance of any of its duties or functions under this Part relating to international service,

(a) in the interest of the safety or security of international civil aviation,

(b) in connection with the implementation or administration of an international agreement, convention or arrangement respecting civil aviation to which Canada is a party,

(c) in the interest of international comity or reciprocity,

(d) for the purpose of enforcing Canada's rights under an international agreement, convention or arrangement respecting civil aviation or responding to acts, policies or practices by a contracting party to any such agreement, convention or arrangement, or by an agency or citizen of such a party, that adversely affect or lead either directly or indirectly to adverse effects on Canadian international civil aviation services, or

(e) in connection with any other matter concerning international civil aviation as it affects the public interest,

the Minister may, subject to subsection (3), issue to the Agency directions that, notwithstanding any other provision of this Part, are binding on, and shall be complied with by, the Agency in the exercise of its powers or the performance of its duties or functions under this Part relating to international service.

Nature of directions

(2) Directions issued under subsection (1) may relate to

(a) persons or classes of persons to whom licences to operate an international service shall or shall not be issued;

(b) the terms and conditions of such licences, or their variation;

est faite en conformité avec les règlements pris en vertu de l'alinéa 86(1)e).

2007, ch. 19, art. 24.

DIRECTIVES MINISTÉRIELLES EN MATIÈRE DE SERVICE INTERNATIONAL

Directives ministérielles

76. (1) Le ministre peut donner des directives à l'Office, s'il l'estime nécessaire ou souhaitable aux fins suivantes dans le cadre de l'exercice de ses attributions relativement aux services internationaux :

a) la sécurité ou la sûreté de l'aviation civile internationale;

b) la mise en oeuvre ou la gestion d'ententes, conventions ou accords internationaux, relatifs à l'aviation civile, dont le Canada est signataire;

c) la courtoisie ou la réciprocité internationale;

d) le respect des droits du Canada sous le régime d'ententes, accords ou conventions internationaux sur l'aviation civile ou l'objectif de réagir contre des mesures, prises soit par des parties à ces ententes, conventions ou accords, soit par des ressortissants ou organismes publics de celles-ci, qui portent atteinte ou sont, directement ou indirectement, susceptibles de porter atteinte aux services internationaux de l'aviation civile canadienne;

e) toute autre question d'intérêt public relative à l'aviation civile internationale.

Ces directives sont, par dérogation aux autres dispositions de la présente partie, obligatoires pour l'Office, lequel est tenu de s'y conformer.

Objet des directives

(2) Les directives peuvent porter sur :

a) les personnes ou catégories de personnes à qui une licence d'exploitation d'un service international doit ou non être délivrée;

b) les conditions auxquelles ces licences peuvent être assujetties et la modification de ces conditions;

| | | | |
|---|---|---|---------------------------------------|
| | (c) the suspension or cancellation of such licences; and | c) la suspension ou l'annulation des licences; | |
| | (d) any other matter concerning international service that is not governed by or under the <i>Aeronautics Act</i> . | d) toute question de service international non visée par la <i>Loi sur l'aéronautique</i> . | |
| Concurrence required for certain directions | (3) A direction by the Minister relating to a matter referred to in paragraph (1)(c), (d) or (e) may be issued only with the concurrence of the Minister of Foreign Affairs. | (3) Les directives portant sur les questions visées aux alinéas (1)c), d) ou e) sont données avec le concours du ministre des Affaires étrangères. | Approbation pour certaines directives |
| | DUTIES AND POWERS OF AGENCY | ATTRIBUTIONS DE L'OFFICE | |
| Duties and functions of Agency under international agreements, etc. | 77. Where the Agency is identified as the aeronautical authority for Canada under an international agreement, convention or arrangement respecting civil aviation to which Canada is a party, or is directed by the Minister to perform any duty or function of the Minister pursuant to any such agreement, convention or arrangement, the Agency shall act as the aeronautical authority for Canada or perform the duty or function in accordance with the agreement, convention, arrangement or direction, as the case may be. | 77. L'Office agit comme l'autorité canadienne en matière d'aéronautique dès lors qu'une entente, une convention ou un accord internationaux, relatifs à l'aviation civile, dont le Canada est signataire, le prévoit ou dans les cas où le ministre le charge d'exercer tout ou partie des attributions que lui confèrent ces textes. | Attributions de l'Office |
| Agency powers qualified by certain agreements, etc. | 78. (1) Subject to any directions issued to the Agency under section 76, the powers conferred on the Agency by this Part shall be exercised in accordance with any international agreement, convention or arrangement relating to civil aviation to which Canada is a party. | 78. (1) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'exercice des attributions conférées à l'Office par la présente partie est assujéti aux ententes, conventions ou accords internationaux, relatifs à l'aviation civile, dont le Canada est signataire. | Conventions internationales |
| Variations from agreements, etc. | (2) Notwithstanding subsection (1) and subject to any directions issued to the Agency under section 76, the Agency may issue a licence or suspend a licence, or vary the terms and conditions of a licence, on a temporary basis for international air services that are not permitted in an agreement, convention or arrangement relating to civil aviation to which Canada is a party. | (2) Sous réserve des directives visées à l'article 76, l'Office peut toutefois, mais seulement à titre provisoire, délivrer une licence ou la suspendre, ou en modifier les conditions, pour le service international non permis par les textes visés au paragraphe (1). | Dérogations |
| Agency may refuse licence — individuals | 79. (1) Where the Agency has suspended or cancelled the licence of an individual under this Part or where an individual has contravened section 59, the Agency may, for a period not exceeding twelve months after the date of the suspension, cancellation or contravention, refuse to issue a licence in respect of an air service to the individual or to any corporation of which the individual is a principal. | 79. (1) L'Office, s'il a suspendu ou annulé la licence d'une personne physique, ou que celle-ci a contrevenu à l'article 59, peut refuser de lui délivrer toute licence relative à un service aérien pendant une période maximale de douze mois suivant la prise de la mesure ou la contravention. Ce refus peut aussi viser toute personne morale dont l'intéressé est un dirigeant. | Refus par l'Office |
| Agency may refuse licence — corporations | (2) Where the Agency has suspended or cancelled the licence of a corporation under this Part or where a corporation has contravened section 59, the Agency may, for a period not | (2) L'Office, s'il a suspendu ou annulé la licence d'une personne morale, ou que celle-ci a contrevenu à l'article 59, peut refuser de lui délivrer toute licence relative à un service aérien | Refus par l'Office |

exceeding twelve months after the date of the suspension, cancellation or contravention, refuse to issue a licence in respect of an air service to

- (a) the corporation;
- (b) any person who, as a principal of the corporation, directed, authorized, assented to, acquiesced in or participated in a contravention that gave rise to the suspension or cancellation; and
- (c) any body corporate of which the corporation or the person referred to in paragraph (b) is a principal.

Exemption

80. (1) The Agency may, by order, on such terms and conditions as it deems appropriate, exempt a person from the application of any of the provisions of this Part or of a regulation or order made under this Part where the Agency is of the opinion that

- (a) the person has substantially complied with the provision;
- (b) an action taken by the person is as effective as actual compliance with the provision; or
- (c) compliance with the provision by the person is unnecessary, undesirable or impractical.

Exemption not to provide certain relief

(2) No exemption shall be granted under subsection (1) 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.

Exemption not to provide certain relief — section 69

(3) No exemption shall be granted under subsection (1) that has the effect of relieving a person from the provisions of section 69 that require, in order to be eligible to hold a scheduled international licence,

- (a) a Canadian to be designated by the Minister to hold such a licence; or
- (b) a non-Canadian to be designated by a foreign government or an agent of a foreign government to operate an air service under the terms of an agreement or arrangement between that government and the Government of Canada.

pendant une période maximale de douze mois suivant la prise de la mesure ou la date de la contravention. Ce refus peut viser une personne qui, à titre de dirigeant de la personne morale, a ordonné ou autorisé la contravention qui a entraîné la mesure ou y a acquiescé ou participé et toute autre personne morale dont la personne physique ou morale précédemment mentionnée est un dirigeant.

Exemptions

80. (1) L'Office peut, par arrêté assorti des conditions qu'il juge indiquées, soustraire quiconque à l'application de toute disposition de la présente partie ou de ses textes d'application s'il estime que l'intéressé, selon le cas :

- a) s'y est déjà, dans une large mesure, conformé;
- b) a pris des mesures équivalant à l'application effective de la disposition;
- c) se trouve dans une situation ne rendant ni nécessaire, ni même souhaitable ou comode, cette application.

Exception

(2) L'exemption ne peut avoir pour effet de soustraire quiconque aux dispositions relatives à la qualité de Canadien et à la détention d'un document d'aviation canadien et d'une police d'assurance responsabilité réglementaire en matière de service aérien.

Exception — article 69

(3) L'exemption ne peut avoir pour effet de soustraire quiconque aux dispositions de l'article 69 qui exigent, en vue de permettre la détention d'une licence pour l'exploitation d'un service international régulier, selon le cas :

- a) la désignation d'un Canadien, par le ministre, l'habilitant à détenir une telle licence;
- b) la désignation d'un non-Canadien, par un gouvernement étranger ou un mandataire de celui-ci, l'habilitant à exploiter un service aérien aux termes d'un accord ou d'une entente entre ce gouvernement et celui du Canada.

1996, ch. 10, art. 80; 2013, ch. 31, art. 7.

| | | | |
|------------------------------------|--|---|---------------------------|
| Inquiry into licensing matters | 81. For the purposes of ensuring compliance with this Part, the Agency may inquire into any matter for which a licence, permit or other document is required under this Part. | 81. Dans le but de faire appliquer la présente partie, l'Office peut faire enquête sur toute question relative à une licence, un permis ou un autre document requis par la présente partie. | Enquêtes sur les licences |
| Licensee to provide notification | 82. Every licensee shall notify the Agency without delay, in writing, if (a) the liability insurance coverage in respect of the air service for which the licence is issued is cancelled or is altered in a manner that results in the failure by the licensee to have the prescribed liability insurance coverage for that service; (b) the licensee's operations change in a manner that results in the failure by the licensee to have the prescribed liability insurance coverage for that service; or (c) any change occurs that affects, or is likely to affect, the licensee's status as a Canadian. | 82. Le licencié est tenu d'aviser l'Office par écrit et sans délai de l'annulation de la police d'assurance responsabilité ou de toute modification — soit de celle-ci, soit de son exploitation — la rendant non conforme au règlement et de toute modification touchant ou susceptible de toucher sa qualité de Canadien. | Avis |
| Disclosure of information required | 83. A licensee shall, at the request of the Agency, provide the Agency with information or documents available to the licensee that relate to any complaint under review or any investigation being conducted by the Agency under this Part. | 83. Le licencié est tenu, à la demande de l'Office, de lui fournir les renseignements et documents dont il dispose concernant toute plainte faisant l'objet d'un examen ou d'une enquête de l'Office sous le régime de la présente partie. | Obligation |
| Notification of agent required | 84. (1) A licensee who has an agent in Canada shall, in writing, provide the Agency with the agent's name and address. | 84. (1) Le licencié qui a un mandataire au Canada est tenu de communiquer par écrit à l'Office les nom et adresse de celui-ci. | Mandataire |
| Appointment and notice of agent | (2) A licensee who does not have a place of business or an agent in Canada shall appoint an agent who has a place of business in Canada and, in writing, provide the Agency with the agent's name and address. | (2) Le licencié qui n'a pas d'établissement ni de mandataire au Canada est tenu d'en nommer un qui y ait un établissement et de communiquer par écrit à l'Office les nom et adresse du mandataire. | Constitution obligatoire |
| Notice of change of address | 85. Where the address of a licensee's principal place of business in Canada or the name or address of the licensee's agent in Canada is changed, the licensee shall notify the Agency in writing of the change without delay. | 85. En cas de changement de l'adresse de son principal établissement ou de celle de son mandataire au Canada, ou s'il change de mandataire, le licencié est tenu d'en aviser sans délai par écrit l'Office. | Avis de changement |
| AIR TRAVEL COMPLAINTS | | PLAINTES RELATIVES AU TRANSPORT AÉRIEN | |
| 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. | 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. | Examen et médiation |
| Report | (2) The Agency or a person authorized to act on the Agency's behalf shall report to the par- | (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. | Communication aux parties |

| | | | |
|------------------------|--|---|----------------------------------|
| | ties 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. | (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. | Affaire non réglée |
| 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. | (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. | Inhabilité |
| 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. | (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. | Prolongation |
| 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. | (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. | Inclusion dans le rapport annuel |

REGULATIONS

| | |
|-------------|---|
| Regulations | 86. (1) The Agency may make regulations (a) classifying air services; (b) classifying aircraft; (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 and |
|-------------|---|

RÈGLEMENTS

| | |
|----------------------|--|
| Pouvoirs de l'Office | 86. (1) L'Office peut, par règlement : a) classifier les services aériens; b) classifier les aéronefs; 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 |
|----------------------|--|

(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 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 applicable to the service it offers that were set out in its tariffs, 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 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.

(2) No regulation shall be made under paragraph (1)(l) that has the effect of relieving a

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) enjoindre à tout licencié ou transporteur de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées et de verser des indemnités aux personnes lésées par la non-application par le licencié ou transporteur des prix, taux, frais ou conditions de transport applicables au service et qui figureraient au tarif,

(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;

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.

(2) Les obligations imposées par la présente partie relativement à la qualité de Canadien, au

| | | | |
|---------------------------|---|---|--|
| | <p>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.</p> <p>(3) [Repealed, 2007, c. 19, s. 26] 1996, c. 10, s. 86; 2000, c. 15, s. 8; 2007, c. 19, s. 26.</p> | <p>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)).</p> <p>(3) [Abrogé, 2007, ch. 19, art. 26] 1996, ch. 10, art. 86; 2000, ch. 15, art. 8; 2007, ch. 19, art. 26.</p> | |
| Advertising regulations | <p>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.</p> | <p>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.</p> | Règlement concernant la publicité des prix |
| Contents of regulations | <p>(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.</p> | <p>(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.</p> | Contenu des règlements |
| Regulations may prescribe | <p>(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.</p> | <p>(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.</p> | Précisions |
| Regulations and orders | <p>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.</p> | <p>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.</p> | Textes d'application |

Air Transportation Regulations, SOR/88-15, s. 7, 8, 8.1

7 (1) No air carrier shall operate a domestic service or an international service unless, for every accident or incident related to the operation of that service, it has

(a) liability insurance covering risks of injury to or death of passengers in an amount that is not less than the amount determined by multiplying \$300,000 by the number of passenger seats on board the aircraft engaged in the service; and

(b) insurance covering risks of public liability in an amount that is not less than

(i) \$1,000,000, where the MCTOW of the aircraft engaged in the service is not greater than 7,500 pounds,

(ii) \$2,000,000, where the MCTOW of the aircraft engaged in the service is greater than 7,500 pounds but not greater than 18,000 pounds, and

(iii) where the MCTOW of the aircraft engaged in the service is greater than 18,000 pounds, \$2,000,000 plus an amount determined by multiplying \$150 by the number of pounds by which the MCTOW of the aircraft exceeds 18,000 pounds.

(2) The insurance coverage required by paragraph (1)(a) need not extend to any passenger who is an employee of an air carrier if workers' compensation legislation governing a claim for damages against that air carrier by the employee is applicable.

(3) No air carrier shall take out liability insurance to comply with subsection (1) that contains an exclusion or waiver provision reducing insurance coverage for any accident or incident below the applicable minima determined pursuant to that subsection, unless that provision

(a) consists of standard exclusion clauses adopted by the international aviation insurance industry dealing with

(i) war, hijacking and other perils,

(ii) noise and pollution and other perils, or

(iii) aviation radioactive contamination;

(b) is in respect of chemical drift;

7 (1) Il est interdit au transporteur aérien d'exploiter un service intérieur ou un service international à moins de posséder les assurances suivantes couvrant tout accident ou incident lié à l'exploitation du service :

a) une assurance responsabilité couvrant les blessures et le décès de passagers pour un montant au moins égal au produit de 300 000 \$ multiplié par le nombre de sièges passagers à bord de l'aéronef affecté au service;

b) une assurance couvrant la responsabilité civile pour un montant au moins égal à :

(i) 1 000 000 \$ si la MMHD de l'aéronef affecté au service ne dépasse pas 7 500 livres,

(ii) 2 000 000 \$ si la MMHD de l'aéronef affecté au service est supérieure à 7 500 livres sans dépasser 18 000 livres,

(iii) si la MMHD de l'aéronef affecté au service est supérieure à 18 000 livres, 2 000 000 \$ plus le produit de 150 \$ multiplié par l'excédent de la MMHD.

(2) Il n'est pas nécessaire que l'assurance prescrite à l'alinéa (1)a s'étende aux passagers qui sont les employés du transporteur aérien si les réclamations en dommages des employés contre ce transporteur aérien sont régies par une loi sur les accidents de travail.

(3) Il est interdit au transporteur aérien de souscrire, pour se conformer au paragraphe (1), une assurance responsabilité comportant une clause d'exclusion ou de renonciation qui réduit l'étendue des risques assurés en cas d'accident ou d'incident en deçà des montants minimaux prévus à ce paragraphe, sauf si cette clause, selon le cas :

a) est une clause d'exclusion usuelle adoptée par les compagnies d'assurance en aviation internationale, qui vise :

(i) soit la guerre, la piraterie aérienne et d'autres dangers,

(ii) soit le bruit, la pollution et d'autres dangers,

(iii) soit la contamination radioactive aérienne;

b) porte sur l'épandage de produits chimiques;

(c) is to the effect that the insurance does not apply to liability assumed by the air carrier under any contract or agreement unless such liability would have attached to the air carrier even in the absence of such contract or agreement; or

(d) is to the effect that the entire policy shall be void if the air carrier has concealed or misrepresented any material fact or circumstance concerning the insurance or the subject thereof or if there has been any fraud, attempted fraud or false statement by the air carrier touching any matter relating to the insurance or the subject thereof, whether before or after a loss.

(4) An air carrier may have a comprehensive single limit liability coverage where liability risks are covered by a single policy or a combination of primary and excess policies, but no single limit liability coverage of that air carrier shall be for an amount that is less than the applicable combined insurance minima determined pursuant to paragraphs (1)(a) and (b).

SOR/96-335, s. 3.

8 (1) Every applicant for a licence or for an amendment to or renewal of a licence, and every licensee, shall file with the Agency, in respect of the service to be provided or being provided, as the case may be, a valid certificate of insurance in the form set out in Schedule I.

(2) A person referred to in subsection (1) who files a certificate of insurance electronically shall, on the request of the Agency, file forthwith a certified true copy of the certificate.

SOR/96-335, s. 4.

Financial Requirements

8.1 (1) In this section, "applicant" means a Canadian who applies for

(a) a domestic licence, non-scheduled international licence or scheduled international licence that authorizes the operation of an air service using medium aircraft, or for the reinstatement of such a licence that has been suspended for 60 days or longer; or

(b) a domestic licence, non-scheduled international licence or scheduled international licence that authorizes the operation of an air service using large aircraft, or for the reinstatement of such a licence that has been suspended for 60 days or longer.

(c) précise que l'assurance ne s'applique pas à la responsabilité assumée par le transporteur aérien aux termes d'un contrat ou d'une entente, sauf si le transporteur aérien avait à s'acquitter de pareille responsabilité même en l'absence du contrat ou de l'entente;

(d) précise que la police devient nulle si le transporteur aérien a caché ou faussé un fait ou une circonstance pertinents concernant l'assurance ou le sujet assuré, ou s'il y a eu fraude, tentative de fraude ou fausse déclaration de la part du transporteur aérien relativement à toute question se rapportant à l'assurance ou au sujet assuré, que ce soit avant ou après une perte.

(4) Le transporteur aérien peut souscrire une assurance tous risques à limite d'indemnité unique lorsque sa responsabilité est couverte par une seule police ou par un ensemble de polices primaires et complémentaires, auquel cas cette assurance doit prévoir une protection pour un montant au moins égal aux montants minimaux d'assurance combinés prévus aux alinéas (1)a) et b).

DORS/96-335, art. 3.

8 (1) Toute personne qui demande la délivrance, la modification ou le renouvellement d'une licence ainsi que tout licencié doivent déposer auprès de l'Office un certificat d'assurance valide, conforme à l'annexe I, à l'égard du service projeté ou fourni, selon le cas.

(2) En cas de dépôt par voie électronique, l'intéressé doit, à la demande de l'Office, déposer sans délai une copie certifiée conforme du certificat d'assurance.

DORS/96-335, art. 4.

Exigences financières

8.1 (1) Dans le présent article, « demandeur » s'entend d'un Canadien qui demande :

a) soit une licence intérieure, une licence internationale service à la demande ou une licence internationale service régulier qui autorise l'exploitation d'un service aérien utilisant des aéronefs moyens, ou le rétablissement d'une telle licence suspendue depuis au moins 60 jours;

b) soit une licence intérieure, une licence internationale service à la demande ou une licence internationale service régulier qui autorise l'exploitation d'un service aérien utilisant des gros aéronefs, ou le rétablissement d'une telle licence suspendue depuis au moins 60 jours.

(2) Subject to subsection (3), an applicant shall

(a) in respect of the air service specified in the application, provide the Agency with a current written statement of the start-up costs that the applicant has incurred in the preceding 12 months, with written estimates of start-up costs that the applicant expects to incur and with written estimates of operating and overhead costs for a 90-day period of operation of the air service, and establish that

(i) in respect of the start-up costs, the statement is complete and accurate and the estimates are reasonable,

(ii) in respect of the operating and overhead costs, the estimates are reasonable and are based on utilization of the aircraft solely on the specified air service under conditions of optimum demand, which utilization shall be no less than that which is necessary for the air service to be profitable,

(iii) subject to subparagraph (b)(i), the applicant has acquired or can acquire funds in an amount at least equal to the total costs included in the statement and in the estimates,

(iv) the funds are not encumbered and are comprised of liquid assets that have been acquired or that can be acquired by way of a line of credit issued by a financial institution or by way of a similar financial instrument,

(v) the terms and conditions under which those funds have been acquired or can be acquired are such that the funds are available and will remain available to finance the air service,

(vi) subject to paragraph (b), where the applicant is a corporation, at least 50% of the funds required by subparagraph (iii) have been acquired by way of capital stock that has been issued and paid for and that cannot be redeemed for a period of at least one year after the date of the issuance or reinstatement of the licence, and

(vii) subject to paragraph (b), where the applicant is a proprietorship or partnership, at least 50% of the funds required by subparagraph (iii) have been acquired by way of the proprietor's or partners' capital that has been injected into the proprietorship or partnership and that cannot be withdrawn for a period of at least one year after the date of the issuance or reinstatement of the licence;

(2) Sous réserve du paragraphe (3), le demandeur doit :

a) quant au service aérien visé par la demande, remettre à l'Office, par écrit, un relevé à jour des frais de démarrage qu'il a engagés au cours des 12 mois précédents, une estimation des frais de démarrage qu'il prévoit d'engager ainsi qu'une estimation des frais d'exploitation et des frais généraux qu'il prévoit d'engager pendant une période de 90 jours d'exploitation du service aérien, et démontrer :

(i) que le relevé est complet et exact et que l'estimation est raisonnable quant aux frais de démarrage,

(ii) que l'estimation des frais d'exploitation et des frais généraux est raisonnable et fondée sur l'utilisation des aéronefs uniquement pour ce service aérien dans des conditions de demande optimale, laquelle utilisation représente au moins le minimum nécessaire pour assurer la rentabilité du service aérien,

(iii) sous réserve du sous-alinéa b)(i), qu'il a acquis ou est en mesure d'acquérir des fonds au moins équivalents au total des frais inscrits dans le relevé et dans les estimations,

(iv) que les fonds ne sont pas grevés et qu'ils sont constitués de liquidités acquises ou pouvant l'être au moyen d'une marge de crédit accordée par une institution financière ou au moyen de tout instrument financier semblable,

(v) que les modalités selon lesquelles ces fonds ont été acquis ou peuvent l'être sont telles que les fonds sont disponibles et continueront de l'être pour financer le service aérien,

(vi) sous réserve de l'alinéa b), s'il s'agit d'une société, qu'au moins 50 pour cent des fonds exigés par le sous-alinéa (iii) ont été acquis au moyen d'actions du capital-actions émises et libérées qui ne peuvent être rachetées pendant une période minimale d'un an après la date de délivrance ou de rétablissement de la licence,

(vii) sous réserve de l'alinéa b), s'il s'agit d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, qu'au moins 50 pour cent des fonds exigés par le sous-alinéa (iii) ont été acquis au moyen du capital investi par le propriétaire ou les associés dans l'entreprise ou la société qui ne peut en être retiré pendant une période minimale d'un an après la date de délivrance ou de rétablissement de la licence;

(b) where the applicant is or has been in operation,

(i) increase the amount of funds required by subparagraph (a)(iii) by the amount of any shareholders', proprietor's or partners' deficit that is disclosed in the applicant's current audited financial statements which are prepared in accordance with generally accepted accounting principles in Canada, and those additional funds shall be acquired by way of capital stock that has been issued and paid for in the case of a corporation, or by way of the proprietor's or partners' invested capital in the case of a proprietorship or partnership, which capital stock or invested capital is to be subject to the condition prescribed in subparagraph (a)(vi) or (vii), and

(ii) decrease the amount of the capital stock that is required by subparagraph (a)(vi) to be issued and paid for in the case of a corporation, or the amount of the proprietor's or partners' capital that is required by subparagraph (a)(vii) to be invested in the case of a proprietorship or partnership, by the amount of any shareholders', proprietor's or partners' equity that is disclosed in the applicant's current audited financial statements which are prepared in accordance with generally accepted accounting principles in Canada; and

(c) file with the Agency, on request, any information that the Agency requires to determine whether the applicant has complied with the requirements of paragraphs (a) and (b).

(3) Subsection (2) does not apply to

(a) an applicant that, at the proposed time of the issuance or reinstatement of the licence, operates an air service using medium or large aircraft in the case of an applicant referred to in paragraph (1)(a), or using large aircraft in the case of an applicant referred to in paragraph (1)(b), pursuant to

(i) a non-scheduled international licence or a scheduled international licence, or

(ii) a domestic licence in respect of which the applicant has, within 12 months before the proposed time of issuance or reinstatement of the licence, complied with subsection (2); and

(b) an applicant for the renewal of a licence referred to in paragraph (1)(a) or (b).

b) s'il est en exploitation ou l'a été :

(i) augmenter le montant des fonds exigés par le sous-alinéa a)(iii) du montant du déficit des actionnaires, du propriétaire ou des associés figurant dans ses états financiers courants vérifiés, établis conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada; ces fonds additionnels doivent être acquis au moyen d'actions du capital-actions émises et libérées, dans le cas d'une société, ou au moyen du capital investi par le propriétaire ou les associés, dans le cas d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, et ces actions ou ce capital investi sont assujettis à la condition prévue aux sous-alinéas a)(vi) ou (vii),

(ii) diminuer le montant des actions du capital-actions qui, selon le sous-alinéa a)(vi), doivent être émises et libérées, dans le cas d'une société, ou le montant du capital du propriétaire ou des associés qui doit être investi selon le sous-alinéa a)(vii), dans le cas d'une entreprise individuelle ou d'une société de personnes, du montant de tout avoir des actionnaires, du propriétaire ou des associés figurant dans ses états financiers courants vérifiés, établis conformément aux principes comptables généralement reconnus au Canada;

c) déposer auprès de l'Office, sur demande, les renseignements dont celui-ci a besoin pour vérifier si les exigences des alinéas a) et b) sont respectées.

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas :

a) au demandeur qui, à la date prévue pour la délivrance ou le rétablissement de la licence, exploite un service aérien utilisant des aéronefs moyens ou des gros aéronefs, s'il s'agit du demandeur visé à l'alinéa (1)a), ou des gros aéronefs, s'il s'agit du demandeur visé à l'alinéa (1)b), aux termes :

(i) soit d'une licence internationale service à la demande ou d'une licence internationale service régulier,

(ii) soit d'une licence intérieure à l'égard de laquelle il s'est conformé aux exigences du paragraphe (2) dans les 12 mois précédant cette date;

b) au demandeur qui demande le renouvellement d'une licence visée aux alinéas (1)a) ou b).

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, s. 107(1)

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 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;

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;
- 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) 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) acceptance of children,

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

(iv) passenger re-routing,

(v) failure to operate the service or failure to operate on schedule,

(vi) 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,

(vii) ticket reservation, cancellation, confirmation, validity and loss,

(viii) refusal to transport passengers or goods,

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

(x) limits of liability respecting passengers and goods,

(xi) exclusions from liability respecting passengers and goods, and

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

(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.

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 ayant une déficience,

(ii) l'admission des enfants,

(iii) les indemnités pour refus d'embarquement à cause de sur réservation,

(iv) le réacheminement des passagers,

(v) l'inexécution du service et le non-respect de l'horaire,

(vi) 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,

(vii) la réservation, l'annulation, la confirmation, la validité et la perte des billets,

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

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

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

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

(xii) la marche à suivre ainsi que les délais fixés pour les réclamations;

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) 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.

(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.

Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division) Appellant

v.

Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14 Respondent

and

British Columbia Hydro & Power Authority Respondent

and

International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213 Respondent

and

Industrial Relations Council of British Columbia, formerly the Labour Relations Board of British Columbia Respondent

INDEXED AS: CAIMAW v. PACCAR OF CANADA LTD.

File No.: 20174.

1988: December 13; 1989: October 26.

Present: Dickson C.J. and McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Curial deference — Court overturning decision of labour tribunal on judicial review — Determination of jurisdiction of court on judicial review to overturn labour tribunal — Jurisdiction infringed if error in interpreting jurisdictional provisions or if decision patently unreasonable — Whether or not labour tribunal erred in interpreting jurisdictional provisions — Whether or not patently unreasonable error in performance of board's function — Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 27, 33.

Appeals — Standing — Administrative tribunals — Whether or not tribunals have standing in appeals from their own decisions.

* McIntyre J. took no part in the judgment.

Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division) Appelante

c.

^a **Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14 Intimée**

et

^b **British Columbia Hydro & Power Authority Intimée**

et

^c **Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213 Intimée**

et

^d **Industrial Relations Council of British Columbia, autrefois la Labour Relations Board of British Columbia Intimée**

RÉPERTORIÉ: CAIMAW c. PACCAR OF CANADA LTD.

N° du greffe: 20174.

^e

1988: 13 décembre; 1989: 26 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre*, Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka.

^f

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Retenue judiciaire — Décision d'un tribunal du travail écartée lors d'un contrôle judiciaire — Détermination de la compétence d'une cour de justice pour écarter lors d'un contrôle judiciaire une décision d'un tribunal du travail — Erreur de compétence quand il y a mauvaise interprétation des dispositions attributives de compétence ou quand la décision est manifestement déraisonnable — Le tribunal du travail a-t-il interprété de manière erronée les dispositions attributives de compétence? — Y a-t-il eu erreur manifestement déraisonnable dans l'exercice de la fonction de la commission? — Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 27, 33.

Appels — Qualité pour agir — Tribunaux administratifs — Les tribunaux administratifs ont-ils qualité pour agir dans les appels interjetés contre leurs propres décisions?

* Le juge McIntyre n'a pas pris part au jugement.

CAIMAW and Paccar were parties to a collective agreement with a stated term extending to April 30, 1983. This collective agreement contained a renewal clause which provided for the contract's continuing from year to year unless notice to the contrary was given. The agreement also contained a termination clause which provided that the agreement would continue during negotiations and that negotiations would be discontinued on written notice by either party. During the course of the collective agreement, Paccar laid off a large number of employees and limited its activities to warehouse operations. The union was served with a notice to terminate and negotiations were conducted over six months but without success. Paccar notified the union that it was discontinuing negotiations and that it considered the agreement terminated in all respects except those required by the *Labour Code* and the *Employment Standards Act*. It then set out the terms and conditions which it was putting into effect. The employees continued to work after the date when these new conditions were unilaterally implemented.

CAIMAW alleged several violations of the Code and requested that the Industrial Relations Council make a determination as to whether a collective agreement was in full force and effect. A three-member panel of the Board decided against the union. A five-member panel reheard the application, along with another application between British Columbia Hydro & Power Authority and IBEW, and a consolidated decision in respect of both applications upheld the decisions of the original Boards, though for different reasons.

Both CAIMAW and IBEW petitioned the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* for an order quashing the decision of the review panel of the Labour Relations Board. The applications were granted and were upheld on appeal. Paccar appealed to this Court with leave. B.C. Hydro was named as a respondent but neither it nor the IBEW appeared before this Court or submitted factums.

At issue here was whether the Labour Relations Board decision, which permitted an employer to unilaterally alter terms and conditions of employment after the termination of a collective agreement, was patently unreasonable and therefore subject to review by this Court. A subsidiary issue concerned the standing before this Court of the Labour Relations Board.

CAIMAW et Paccar étaient parties à une convention collective dont la durée avait été fixée jusqu'au 30 avril 1983. Cette convention collective comportait une clause de renouvellement qui prévoyait la reconduction du contrat d'année en année à moins d'un préavis contraire. Elle comportait également une clause de résiliation qui prévoyait que la convention demeurerait en vigueur pendant la durée des négociations et qu'une partie pouvait mettre fin aux négociations en présentant un avis écrit en ce sens. Au cours de la convention collective, Paccar a mis à pied un grand nombre d'employés et restreint ses activités à des fonctions d'entrepôt. Le syndicat s'est vu signifier un avis de résiliation de la convention collective et des négociations se sont déroulées pendant six mois, mais sans succès. Paccar a avisé le syndicat qu'elle mettait fin aux négociations et qu'elle considérait la convention collective échue à tous égards, exception faite des dispositions exigées par le *Labour Code* et l'*Employment Standards Act*. Elle a alors énoncé les conditions de travail qu'elle mettait en vigueur. Les employés ont continué de travailler après la date où ces nouvelles conditions ont été mises en vigueur unilatéralement.

CAIMAW a prétendu qu'il y avait eu plusieurs violations du Code et a demandé à l'Industrial Relations Council («la Commission») de rendre une décision quant à savoir si une convention collective était toujours en vigueur. Un comité de trois membres de la Commission a débouté le syndicat. Un comité de cinq membres a réentendu la demande en même temps qu'une autre portant sur un différend entre British Columbia Hydro & Power Authority et FIOE, et une décision commune aux deux demandes a confirmé, bien que pour des motifs différents, les décisions des premiers comités.

CAIMAW et FIOE ont toutes deux demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, de prononcer une ordonnance annulant la décision du comité de révision de la Commission. Les demandes ont été accueillies et confirmées en appel. Paccar se pourvoit devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. B.C. Hydro y figure à titre d'intimée, mais à l'instar de FIOE, elle n'a ni comparu devant notre Cour ni produit de mémoire.

Le point en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la décision de la Commission de permettre à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail à l'expiration d'une convention collective est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de contrôle par notre Cour. Un point subsidiaire porte sur la qualité de la Commission pour agir devant notre Cour.

Held (L'Heureux-Dubé and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and La Forest J.: The Labour Relations Board had jurisdiction to embark upon the specific inquiry as to whether the employer has the authority to unilaterally alter the terms and conditions of employment.

The first step in determining whether an administrative tribunal has exceeded its jurisdiction by answering a question of law in a patently unreasonable manner is to determine its jurisdiction. Section 27 is a direction to the Board simply as to the purposes and objects to which it should have regard. It is not a jurisdiction limiting provision entailing judicial review even if the Board should err in its interpretation or application. The effect of s. 33 was that it was for the Board to determine whether any particular decision accords with the purposes and objects of s. 27, provided its interpretation was not patently unreasonable.

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, its decisions should only be reviewed if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review. The test for review is a "severe test". The courts accordingly must adopt a posture of curial deference. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. Here, the Board's result was not patently unreasonable; indeed, it was as reasonable as the alternative. It was not necessary to go beyond that.

The scheme of the *Labour Code*, requiring the union and the employer to bargain collectively as the expiry of a collective agreement approaches, left no room for the operation of common law principles. As long as the ongoing duty on the parties to bargain collectively and in good faith remained, then the tripartite relationship of union, employer and employee brought about by the Code displaced common law concepts. The termination of the collective agreement had no effect on the obliga-

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Wilson sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et le juge La Forest: La Commission avait compétence pour déterminer précisément si l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail.

La première étape de l'analyse permettant de juger si un tribunal administratif a excédé sa compétence en tranchant une question de droit d'une façon manifestement déraisonnable consiste à déterminer sa compétence. L'article 27 constitue simplement une directive donnée à la Commission quant aux objectifs dont elle devrait tenir compte. Ce n'est pas une disposition limitative de compétence donnant ouverture au contrôle judiciaire même si la Commission devait commettre une erreur en l'interprétant ou en l'appliquant. L'article 33 pour effet d'établir qu'il incombe à la Commission de déterminer si une décision donnée correspond aux objectifs de l'art. 27, pourvu que son interprétation ne soit pas manifestement déraisonnable.

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, ses décisions ne devraient faire l'objet d'un contrôle que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire. Le critère de contrôle constitue un «test sévère». Les tribunaux doivent donc adopter une attitude de retenue judiciaire. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. En l'espèce, le résultat auquel la Commission est arrivée n'est pas manifestement déraisonnable; en fait, il est aussi raisonnable que l'autre solution. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin.

Le régime juridique établi par le *Labour Code*, qui exige que le syndicat et l'employeur négocient collectivement à l'approche de l'expiration d'une convention collective ne laisse aucune place à l'application des principes de *common law*. Tant que subsiste l'obligation permanente des parties de négocier collectivement et de bonne foi, la relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supplante les principes de *common law*. L'expiration de la

tion of the parties to bargain in good faith imposed by s. 6.

The terms and conditions formerly contained in a collective agreement are to be presumed to continue to govern the relationship, absent circumstances that would imply otherwise. The alternative would be chaos. The termination clause, however, would be of little effect if the employer were denied the power to change the terms of employment on the expiry of the contract. Such a move would not terminate the contract in any real sense but rather would signal the commencement of a new bargaining session.

The Act did not expressly provide that the employer has the power contended for but it was not unreasonable for the Board to find that the power existed. Indeed, the power to change the terms of employment on expiry of an agreement can be inferred from the existence of provisions in the Code which limit the circumstances in which unilateral changes can be made. The power of unilateral alteration did not introduce any unfairness into the bargaining relationship.

The two statutory freeze periods provided the union protection when it would be particularly vulnerable to management initiatives designed to weaken or destabilize it. The employer is expressly prohibited from pursuing a course of action it would otherwise be able to pursue, subject of course to the unfair labour practice provisions of the Code. The Board's conclusion that what is not prohibited by either the wording or the policy of the statute is permitted was not an unreasonable approach.

The Industrial Relations Council has standing before this Court to make submissions not only explaining the record before the Court, but also to show that it had jurisdiction to embark upon the inquiry and that it has not lost that jurisdiction through a patently unreasonable interpretation of its powers.

Per Lamer and Sopinka JJ.: It is not always necessary for the reviewing court to ignore its own view of the merits of the decision under review. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits which provides a reference point for making a relative decision.

Curial deference is most important in the review of specialist tribunals' decisions but it does not come into play until the court finds itself in disagreement with the

convention collective n'a aucun effet sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi conformément à l'art. 6.

Il faut présumer que les conditions établies antérieurement dans une convention collective continuent de régir la relation, en l'absence de toute indication contraire résultant des circonstances. Autrement, ce serait le chaos. La clause de résiliation perdrait cependant presque tout son effet si on niait à l'employeur le pouvoir de modifier les conditions de travail à l'expiration de la convention. Au lieu de mettre réellement un terme à la convention, ce geste indiquerait le commencement d'une nouvelle séance de négociations.

La Loi ne prévoit pas expressément que l'employeur a le pouvoir revendiqué, mais il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure à l'existence de ce pouvoir. En fait, le pouvoir de modifier les conditions de travail après l'expiration d'une convention peut se déduire de l'existence de dispositions du Code limitant les circonstances dans lesquelles des modifications unilatérales peuvent être apportées. Le pouvoir d'apporter des modifications unilatérales ne crée pas d'injustice dans la relation de négociation.

Les deux périodes de gel des conditions de travail, prévues par la Loi, accordent au syndicat une protection à un moment où celui-ci serait particulièrement vulnérable à des mesures adoptées par la direction pour l'affaiblir ou le déstabiliser. L'employeur est expressément empêché d'agir comme il lui serait autrement loisible de le faire sous réserve évidemment des dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail. La conclusion de la Commission portant que ce qui n'est pas interdit par la lettre ou l'esprit de la loi est permis ne constitue pas un point de vue déraisonnable.

La Commission a qualité pour agir devant notre Cour afin d'y présenter des arguments non seulement pour lui expliquer le dossier dont elle est saisie, mais également pour montrer qu'elle avait compétence pour ouvrir l'enquête et qu'elle n'a pas perdu cette compétence en raison d'une interprétation manifestement déraisonnable de ses pouvoirs.

Les juges Lamer et Sopinka: Il n'est pas toujours nécessaire que le tribunal d'examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère raisonnable n'existe pas dans l'absolu. Toute décision sur le caractère raisonnable d'une décision doit comporter une appréciation du fond qui fournit un point de référence permettant de rendre une décision relative.

La retenue judiciaire revêt une importance considérable dans le contrôle des décisions de tribunaux spécialisés, mais elle n'entre en jeu que si la cour de justice est

tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is a "severe test" but even here an appreciation of the merits is not irrelevant.

The Board's decision was consistent with the *Labour Code* and the collective agreement. The Code did not totally exclude the general law and accordingly was silent in respect of some matters, including the employer's actions here. No amount of liberal interpretation could fill any lacuna caused by that silence. No express statutory conditions were violated. The decision, moreover, was consistent with the contractual expectations of the parties, since the insertion of the termination clause would have been meaningless if the terms of the collective agreement were held to persist indefinitely, or until a new collective agreement is concluded.

Per Wilson J. (dissenting): The reasons of La Forest J. were agreed with as to the broad scope of the principle of curial deference to the decisions of administrative tribunals because of their special expertise and as to the interpretation given to s. 27 of the *Labour Code*. However, a decision of a Board which meets the "severe test" of being "patently unreasonable" is not protected by the principle of curial deference. Such decisions must be treated as decisions which the Board had no jurisdiction to make. They cannot be passed off as the product of special expertise or "policy choices" which are not subject to review by the courts.

A patently unreasonable decision is one which no reasonable Board applying its expertise could possibly have arrived at. To describe a Board's decision as a "policy choice" does not insulate it from review if the policy on which the choice is based is inconsistent with the policy of the legislation under which it purports to have been made. Key elements of the legislation here were the obligation to bargain in good faith and the maintenance of a balance in the bargaining power between the parties.

The policy choices available to the Board were: (1) to permit the employer to decide when negotiations had reached an impasse and to unilaterally impose new terms on its employees if an impasse had been reached, or (2) to permit the same terms and conditions which were the product of the earlier bargaining process to continue to apply in the event of an impasse until such time as the parties are in a strike/lock-out position. The first did nothing to promote the collective bargaining process which is the legislatively accredited means of

en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Le critère constitue un «test sévère», mais même ici une appréciation du fond n'est pas sans pertinence.

La décision de la Commission est compatible avec le *Labour Code* et la convention collective. Le Code n'exclut pas totalement le droit général et, par conséquent, il est silencieux à l'égard de certains sujets, y compris les actes de l'employeur en l'espèce. Aucune interprétation libérale ne peut combler une lacune causée par ce silence. Aucune condition expressément établie par la Loi n'a été violée. En outre, la décision est compatible avec les attentes des parties sur le plan contractuel puisque l'insertion de la clause de résiliation n'aurait eu aucun sens si on avait jugé que les conditions de la convention collective subsistaient indéfiniment ou jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective.

Le juge Wilson (dissident): Il y a accord avec les motifs du juge La Forest quant à la portée générale du principe de la retenue judiciaire applicable aux décisions des tribunaux administratifs en raison de leurs compétences particulières et quant à l'interprétation de l'art. 27 du *Labour Code*. Cependant, une décision d'une commission satisfaisant au «test sévère» du caractère «manifestement déraisonnable» n'est pas protégée par le principe de la retenue judiciaire. Ces décisions doivent être traitées comme des décisions que la Commission n'avait pas compétence pour rendre. On ne saurait les considérer comme résultant de l'exercice de compétences particulières ou comme des «choix de politique» non susceptibles de contrôle par les tribunaux.

Une décision manifestement déraisonnable est celle à laquelle n'aurait jamais pu arriver une commission raisonnable dans l'exercice de ses compétences particulières. Qualifier de «choix de politique» une décision de la Commission ne la met pas à l'abri de tout contrôle si la politique sur laquelle le choix est fondé est incompatible avec l'esprit de la loi en vertu de laquelle il est censé avoir été fait. Les éléments clés de la Loi en l'espèce sont l'obligation de négocier de bonne foi et le maintien de l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties.

Les choix de politique qui s'offraient à la Commission étaient: 1) permettre à l'employeur de déterminer le moment où les négociations sont dans une impasse et d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions à ses employés en cas d'impasse, ou 2) permettre que les conditions résultant du processus antérieur de négociation continuent de s'appliquer, en cas d'impasse, jusqu'à ce que les parties aient acquis le droit à la grève ou au lock-out. Le premier ne facilite en rien le processus de négociation collective qui constitue le moyen légalement

1989 CanLII 143 (SCC)

achieving collective agreements and industrial peace. It was also incompatible with the employer's obligation to bargain in good faith. The second allowed the Code to be interpreted in a way which did not interfere with the balance of bargaining power between the parties. Neither did it create a new power in the union, undermine the collective bargaining process, nor compel the parties to "re-enter a world which has ceased to exist".

The decision of the Board was "patently unreasonable" and constituted jurisdictional error. It was not a question of choosing between equally viable and reasonable "policy choices". One was completely consistent with the concept of freedom and equality of bargaining power between the parties and the paramount role of the collective bargaining process in labour dispute resolution. The other was completely inconsistent with and inimical to both.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The Labour Relations Board of British Columbia had standing to make arguments relative as to both the applicable standard of review and the steps it followed in reaching its decision. The Board, however, committed jurisdictional error when it stated that an employer may unilaterally impose the terms of employment upon the termination of the collective agreement, subject only to the obligation to bargain in good faith.

The Board was initially empowered to embark upon this specific inquiry but exceeded its jurisdiction in carrying it out. Section 27 of the *Labour Code* expressed the fundamental objectives of the legislation. The Board's decision neither referred to s. 27 nor discussed the public interest or the development of effective industrial relations. This omission was crucial to the Board's coming to a patently unreasonable solution.

The Board's decision was fraught with consequence because it in effect promulgated a "mini-Code" on the "rights and obligations" of employers and unions at that stage of the bargaining process. It was all the more necessary, therefore, that the Board address the arguments based on the development of harmonious labour relations. The courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. Here, however, there was no indication that the Board even considered the requirements of effective industrial relations and the purposes and objects expressed in s. 27.

reconnu de parvenir à la conclusion de conventions collectives et d'assurer la paix industrielle. Il est également incompatible avec l'obligation de l'employeur de négocier de bonne foi. Le second permet de donner au Code une interprétation qui ne modifie pas l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties. Il ne confère pas un nouveau pouvoir au syndicat, il ne mine pas le processus de négociation collective et ne contraint pas les parties à «revenir dans un monde qui a cessé d'exister».

La décision de la Commission est «manifestement déraisonnable» et constitue une erreur de compétence. Il ne s'agissait pas d'une question d'option entre des «choix de politique» également viables et raisonnables. L'un est tout à fait compatible avec le concept de la liberté et de l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties et avec le rôle primordial que joue le processus de négociation collective dans le règlement des conflits de travail. L'autre leur est tout à fait opposé et défavorable.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La Labour Relations Board of British Columbia a qualité pour soutenir la norme de contrôle applicable et les étapes de sa décision ici contestée. La Commission a toutefois commis une erreur de compétence en déclarant qu'un employeur peut imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de son obligation de négocier de bonne foi.

La Commission avait juridiction pour procéder à cette enquête spécifique, mais elle a excédé sa compétence en y procédant. L'article 27 du *Labour Code* énonce les objectifs fondamentaux de cette loi. La décision de la Commission ne mentionne pas l'art. 27 ni ne traite de l'intérêt public ou de l'instauration de relations industrielles efficaces. Cette omission a joué un rôle crucial en amenant la Commission à adopter une solution manifestement déraisonnable.

La décision de la Commission est lourde de conséquences puisqu'elle a en fait édicté un «mini-code» des «droits et obligations» des employeurs et des syndicats à cette étape du processus de négociation. Il est donc d'autant plus nécessaire que la Commission examine les arguments fondés sur l'instauration de relations de travail harmonieuses. Les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. En l'espèce cependant, rien n'indique que la Commission ait même tenu compte de la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces et des objectifs prévus à l'art. 27.

Collective bargaining, which was indispensable to the development of "effective industrial regulations" required by s. 27, has three broad characteristics in the Canadian context. First, legislative policy postpones the exercise of the economic sanctions until all other attempts at an agreement have failed. Second, the use of an economic sanction in collective bargaining necessarily entails that a party will suffer some loss in having recourse to it. Bargaining is premised upon mutual compromise. And third, the existence of an economic sanction presupposes the availability of a countervailing sanction of proportionate impact.

The unilateral imposition of the terms of employment as recognized by the Board shared none of these three characteristics. First, the policy provided for no ban on the unilateral imposition of terms of employment in the early stages of negotiation. Such unilateral sanction could, theoretically, occur at any time following the termination of the previous collective agreement. Second, the employer would not be detrimentally affected if it were to decide to reduce the salaries and cut other employment benefits. Third, no sanction was available to the union to countervail the unilateral setting of terms since the imposition of terms could conceivably take place before the right to strike arose under the *Labour Code*. More importantly, unlike the strike and lock-out, the unilateral imposition of the terms of employment would not necessarily pressure both parties into agreeing upon a settlement.

The unilateral imposition of terms of employment is a sanction that opens the door to a number of abuses of the process of collective negotiation. It focusses on the individual employees and forces them either to accept the lower terms or to stop working altogether and accordingly stands in a class by itself as an economic sanction which is inherently destructive of the freedom to engage in collective bargaining. This sanction strikes a fundamental blow to the freedom of employees to form themselves into a union and engage the employer in collective bargaining. The only foreseeable effect of this measure is to fuel uselessly the flames of the labour dispute. Section 27 of the *Labour Code*, however, is designed to protect the integrity of the bargaining process against possible abuses.

Section 27 emphasized sovereign role of the union in the bargaining process and s. 46 conferred exclusive bargaining authority on certified unions even after the collective agreement had expired. The Board had it

La négociation collective qui est essentielle à l'instauration de «relations industrielles efficaces», exigée par l'art. 27, comporte trois caractéristiques générales dans le contexte canadien. Premièrement, on a adopté comme politique législative de reporter le recours aux sanctions économiques jusqu'à ce que toutes les autres tentatives d'en arriver à une entente aient échoué. Deuxièmement, le recours à une sanction économique dans la négociation collective implique nécessairement que la partie qui opte pour ce moyen subira une certaine perte. La négociation est fondée sur le compromis mutuel. Troisièmement, l'existence d'une sanction économique suppose la possibilité d'une sanction correspondante ayant un effet proportionnel.

L'imposition unilatérale de conditions de travail, comme celle que la Commission a reconnue, ne comporte aucune de ces trois caractéristiques. En premier lieu, la politique énoncée ne prévoit aucune interdiction d'imposer unilatéralement des conditions de travail pendant les premières étapes de la négociation. Théoriquement, une telle mesure unilatérale peut être adoptée en tout temps après l'expiration de la convention collective antérieure. En deuxième lieu, l'employeur ne subirait aucun préjudice s'il décidait de réduire les salaires ou d'autres avantages sociaux. En troisième lieu, puisque l'imposition unilatérale de nouvelles conditions pourrait théoriquement avoir lieu avant que ne soit acquis le droit à la grève en vertu du *Labour Code*, le syndicat ne dispose d'aucune sanction pouvant la contrebalancer. Qui plus est, contrairement à la grève et au lock-out, l'imposition unilatérale de conditions de travail ne pousse pas nécessairement les deux parties à conclure une entente.

L'imposition unilatérale de conditions de travail est une sanction qui ouvre la porte à un certain nombre d'abus du processus de négociation collective. Elle vise chacun des employés et les force à choisir entre l'acceptation des conditions inférieures ou l'arrêt de travail et elle forme donc une catégorie à part du fait qu'elle constitue une sanction économique qui est fondamentalement destructrice de la liberté d'engager des négociations collectives. Cette sanction frappe au cœur de la liberté des employés de se regrouper en syndicat et d'amener l'employeur à négocier collectivement. Le seul effet prévisible de cette mesure est d'attiser inutilement les conflits de travail. L'article 27 du *Labour Code* vise cependant à protéger l'intégrité du processus de négociation contre toute possibilité d'abus.

L'article 27 souligne le rôle souverain que joue le syndicat dans le processus de négociation et l'art. 46 confère à un syndicat accrédité le pouvoir exclusif de négocier même après l'expiration de la convention col-

turned its mind to the fundamental policies expressed s. 27, would have had no choice but to come to the conclusion that s. 46 prevented an employer, on the termination of a collective agreement, from unilaterally implementing new working conditions through direct communication with the employees.

It was "patently unreasonable" for the Board to find that the employer had this power; the decision of the British Columbia Court of Appeal was agreed with.

The Code provided for mechanisms allowing the Board to broaden the reach and scope of the proceedings before it. The first set of mechanisms involved procedural adjustments which could be brought to the adjudicative hearing. The second involved a more radical change in the nature of the proceedings. The Board was empowered to conduct full-scale, public policy-making hearings which would foster broad participation by the members of the labour relations community in proceedings involving issues of widespread interest. In a case like the present one, where a previous policy orientation is reversed, where the area concerned involves a void in the enabling statute, and where the question raised is of crucial importance to employers, unions and individual employees at large, the matter may more properly have been dealt with in a policy-making hearing.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; **considered:** *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176; *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council*, British Columbia Court of Appeal, May 24, 1988, unreported; **referred to:** *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, British Columbia Supreme Court,

lective. Si elle avait prêté attention aux directives fondamentales exprimées à l'art. 27, la Commission n'aurait pu faire autrement qu'arriver à la conclusion que l'art. 46 empêche un employeur, à l'expiration d'une convention collective, de mettre en vigueur unilatéralement de nouvelles conditions de travail par la communication directe avec les employés.

Il était «manifestement déraisonnable» pour la Commission de conclure que l'employeur avait ce pouvoir: il y a accord avec l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Le Code prévoit des mécanismes qui permettent à la Commission d'élargir la portée et l'étendue des procédures dont elle est saisie. Le premier ensemble de mécanismes comporte des rajustements de procédure qui peuvent être apportés à l'audition. Le deuxième ensemble entraîne une modification plus radicale de la nature de la procédure. La Commission a le pouvoir de tenir des audiences publiques pour l'élaboration d'énoncés de politique qui favorisent une large participation des personnes du milieu des relations du travail aux procédures qui mettent en cause des questions d'intérêt général. Dans un cas comme la présente affaire, lorsqu'il y a un changement d'orientation de la politique suivie antérieurement, que le domaine en cause révèle une lacune dans la loi habilitante et que la question soulevée est d'une importance cruciale pour les employeurs, les syndicats et les employés en général, la question peut être tranchée de façon plus adéquate dans le cadre d'une audience visant l'établissement d'énoncés de politique.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; **arrêts examinés:** *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176; *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council*, Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 24 mai 1988, inédit; **arrêts mentionnés:** *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British*

January 24, 1986, unreported; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Air Canada*, Canada Labour Relations Board, January 18, 1988, unreported; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68; *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (1981); *American Ship Bldg. Co. v. Lobar Board*, 380 U.S. 300 (1965); *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (1967).

By Sopinka J.

Referred to: *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] S.C.R. 282; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573.

By Wilson J. (dissenting)

Re Peterboro Lock Mfg. Co. (1954), 4 L.A.C. 1499.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95; *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] S.C.R. 697; *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (S.C.), dismissing an application for judicial review from (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, denying a reconsideration from (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Canadian Air Line Pilots Association v. Air Canada, Montreal, Quebec* (1977), 24 di 203; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101; *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (1971); *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718.

Statutes and Regulations Cited

British North America Act, 1867, s. 96.
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 50, 89.

Columbia, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 24 janvier 1986; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale c. Air Canada*, Conseil canadien des relations du travail, 18 janvier 1988, inédit; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68; *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965); *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (1967).

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S. 282; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Re Peterboro Lock Mfg. Co. (1954), 4 L.A.C. 1499.

e Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, [1968] A.C. 997; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] R.C.S. 697; *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (C.S.), rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision publiée à (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, où l'on avait refusé un nouvel examen de la décision publiée à (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Canadian Air Line Pilots Association c. Air Canada, Montréal, Québec* (1977), 24 di 203; *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101; *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (1971); *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320; *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718.

Lois et règlements cités

j *Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, art. 96.
Code canadien du travail, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 50, 89.

- Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 35(2).
Industrial Relations Reform Act, 1987, S.B.C. 1987, c. 24, s. 18.
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209.
Labour Act, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, s. 23.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 6, 27(1), (2), 28, 31, 32(1)(a), (b), (c), 33, 34(1)(d), (e), (g), (h), (2), 36, 46(a), 51(1), 61(1)(c), 62, 63, 65, 79(2), 80, 81(3)(a), (b), 82(2).
Labour Code, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 59.
Labour Code Amendment Act, 1977, S.B.C. 1977, c. 72, s. 27(1).
Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L-10, s. 10(4).
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 79.
Labour Relations Act, S.N. 1977, c. 64, s. 74.
Labour Relations Code, R.S.A. 1988, c. L-1.2, s. 145.
National Labour Relations Act, 29 U.S.C., ss. 8(a)(5), 9(a).
Public Utilities Board Act, R.S.A. 1970, c. 302, s. 65.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 11(1)(m).
Trade Union Act, S.N.S. 1972, c. 19, s. 33.

Authors Cited

- Arthurs, H. W., D. D. Carter and H. J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
 Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Galligan, D. J. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
 Murphy, T. H. "Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith" (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1.
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80, 32 D.L.R. (4th) 523, dismissing an appeal from a judgment of Meredith J., [1986] B.C.W.L.D. 2745, allowing an appeal from a reconsideration of the Labour Relations Board of British Columbia (1985), 10 CLRBR (NS) 355, upholding the decisions of the original Board (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division)*) and *IBEW v. British*

- Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27, art. 59.
Industrial Relations Reform Act, 1987, S.B.C. 1987, chap. 24, art. 18.
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209.
^a *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1, art. 23.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 6, 27(1), (2), 28, 31, 32(1)(a), (b), (c), 33, 34(1)(d), (e), (g), (h), (2), 36, 46(a), 51(1), 61(1)(c), 62, 63, 65, 79(2), 80, 81(3)(a), (b), 82(2).
^b *Labour Relations Act*, S.N. 1977, chap. 64, art. 74.
Labour Relations Code, R.S.A. 1988, chap. L-1.2, art. 145.
Loi sur les relations de travail, L.R.M. 1987, chap. L-10, art. 10(4).
^c *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228, art. 79.
Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, art. 35(2).
National Labour Relations Act, 29 U.S.C., art. 8a)(5), 9a).
^d *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 65.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, chap. T-17, art. 11(1)(m).
Trade Union Act, S.N.S. 1972, chap. 19, art. 33.

Doctrines citées

- Arthurs, H. W., D. D. Carter and H. J. Glasbeek. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1984.
^f Carrothers, A. W. R., E. E. Palmer and W. B. Rayner. *Collective Bargaining Law in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1986.
 Galligan, D. J. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*. Oxford: Clarendon Press, 1986.
^g Murphy, T. H. «Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith» (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1.
 Pépin, Gilles et Yves Ouellette. *Principes de contentieux administratif*, 2^e éd. Cowansville, Québec: Yvon Blais Inc., 1982.
^h Weiler, Paul. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80, 32 D.L.R. (4th) 523, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Meredith, [1986] B.C.W.L.D. 2745, qui avait accueilli l'appel d'un nouvel examen de la Labour Relations Board of British Columbia (1985), 10 CLRBR (NS) 355, confirmant les décisions du premier comité (*CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Company Division)*) et *IBEW v. British*

Columbia Hydro & Power Authority). Appeal allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

D. M. M. Goldie, Q.C., and *B. R. Grist*, for the appellant.

Ian Donald, Q.C., and *Bruce Laughton*, for the respondent Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14.

No one appeared for the respondent British Columbia Hydro & Power Authority.

No one appeared for the respondent International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213.

J. Stuart Clyne, Q.C., and *Eugene C. Jamieson*, for the respondent Industrial Relations Council of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest J. was delivered by

LA FOREST J.—The narrow issue in this appeal is whether the decision of the respondent Labour Relations Board of British Columbia permitting an employer, after the termination of a collective agreement, to unilaterally alter terms and conditions of employment is patently unreasonable and therefore subject to review by this Court. A subsidiary issue concerns the standing before this Court of the Labour Relations Board.

Facts

The respondent, Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers (Local 14) ("CAIMAW"), is the certified bargaining agent for the employees of the appellant Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Division) ("Paccar"). CAIMAW and Paccar were parties to a collective agreement with a stated term extending from May 1, 1982 to April 30, 1983. Paccar had been engaged in the manufacture of trucks, but during the course of the collective agreement, it laid off a large number of employees and limited its activities to warehouse operations. Instead of employing three hundred and fifty people before the layoffs, it employed only ten thereafter.

Columbia Hydro & Power Authority). Pourvoi accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

D. M. M. Goldie, c.r., et *B. R. Grist*, pour l'appelante.

Ian Donald, c.r., et *Bruce Laughton*, pour l'intimée l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14.

Personne n'a comparu pour l'intimée British Columbia Hydro & Power Authority.

Personne n'a comparu pour l'intimée la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213.

J. Stuart Clyne, c.r., et *Eugene C. Jamieson*, pour l'intimée l'Industrial Relations Council of British Columbia.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le point en litige dans le présent pourvoi se limite à la question de savoir si la décision de l'intimée, la Labour Relations Board of British Columbia («la Commission»), de permettre à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail, à l'expiration d'une convention collective, est manifestement déraisonnable et, partant, susceptible de contrôle par notre Cour. Un point subsidiaire porte sur la qualité de la Commission pour agir devant notre Cour.

Les faits

L'intimée, l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées (section locale 14) («CAIMAW»), est l'agent négociateur accrédité des employés de l'appelante Paccar of Canada Ltd. (Canadian Kenworth Division) («Paccar»). CAIMAW et Paccar étaient parties à une convention collective dont la durée avait été fixée du 1^{er} mai 1982 au 30 avril 1983. Paccar, un fabricant de camions, a au cours de la convention collective mis à pied un grand nombre d'employés et restreint ses activités à des fonctions d'entreposage. Le nombre des employés est alors passé de trois cent cinquante à dix seulement.

The collective agreement contained a renewal and termination provision, the relevant parts of which read as follows:

21.01 This [a]greement shall be effective as and from May 1, 1982, to and including April 30, 1983, and shall continue thereafter from year to year unless written notice of contrary intention is given by either [p]arty to the other four (4) months prior to April 30, 1983, or any anniversary date thereafter.

21.03 In the event of a notice of termination, this [a]greement shall remain in full force and effect while negotiations are being carried on, it being agreed that negotiations shall be discontinued upon delivery of a written notice by either [p]arty.

On January 4, 1983, Paccar notified CAIMAW, in a document entitled "Notice to Terminate", that:

This is notice to terminate the [c]ollective [a]greement between the parties and to commence negotiations for a new agreement, pursuant to the terms of the agreement and the Labour Code of B.C. Please contact the undersigned to arrange a mutually acceptable time and place to meet.

The parties negotiated over the next six months, but without success. On June 29, 1983, Paccar wrote CAIMAW:

In accordance with Article 21.03 and in view of the impasse the parties have reached, this is the requisite notice to discontinue negotiations and that the Company considers the [c]ollective [a]greement terminated effective July 4, 1983. All terms and conditions of the [a]greement, including the COLA clause are cancelled except as noted below and/or required by the Labour Code and the Employment Standards Act.

Paccar then set out the terms and conditions which it would put into effect on July 4, 1983. The employees of Paccar have continued to work since that date.

CAIMAW then applied to the respondent Labour Relations Board (now the Industrial Relations Council) under s. 28 of the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, (the "Code") alleging that Paccar had violated ss. 65, 79(2) and 82(2) of the Code, and requesting a determination under s. 34(1)(g) as to whether a collective agreement was

La convention collective comportait une clause de renouvellement et de résiliation, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION] 21.01 La présente convention sera en vigueur du 1^{er} mai 1982 au 30 avril 1983 inclusivement, puis reconduite d'année en année à moins qu'une partie ne donne à l'autre un préavis écrit contraire quatre (4) mois avant le 30 avril 1983 ou toute date anniversaire subséquente.

21.03 Si un avis de résiliation est donné, la présente convention demeurera en vigueur pendant la durée des négociations, étant entendu qu'une partie peut mettre fin aux négociations en présentant un avis écrit en ce sens.

Le 4 janvier 1983, Paccar a, dans un document intitulé [TRADUCTION] «Avis de résiliation», informé CAIMAW de ce qui suit:

[TRADUCTION] La présente est un avis de résiliation de la convention collective entre les parties et d'engagement de négociations en vue d'une nouvelle convention, conformément à la convention et au Labour Code de la Colombie-Britannique. Vous êtes prié de communiquer avec le soussigné pour convenir d'une date et d'un lieu de rencontre acceptables.

Les parties ont négocié au cours des six mois suivants, mais sans succès. Le 29 juin 1983, Paccar a écrit ceci à CAIMAW:

[TRADUCTION] Conformément à l'article 21.03 et compte tenu de l'impasse dans laquelle les parties se trouvent, la société vous avise par la présente qu'elle met fin aux négociations et qu'elle considérera la convention collective échue le 4 juillet 1983. Sont annulées toutes les conditions de l'entente, y compris la clause relative à l'indemnité de vie chère, exception faite des dispositions qui figurent plus bas ou qui sont exigées par le Labour Code et l'Employment Standards Act, ou les deux à la fois.

Paccar exposait par la suite les conditions qu'elle mettrait en vigueur le 4 juillet 1983. Les employés de Paccar continuent de travailler depuis cette date.

CAIMAW s'est alors adressée à la Commission intimée (maintenant l'Industrial Relations Council) en vertu de l'art. 28 du *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, (le «Code»), prétendant que Paccar avait contrevenu à l'art. 65 et aux par. 79(2) et 82(2) du Code, et demandant qu'une décision soit rendue en vertu de l'al. 34(1)(g) quant

in full force and effect. A three-member panel of the Board decided against the union. The union sought and was granted a re-hearing pursuant to s. 36 of the Code. At the re-hearing, the application was heard along with another application between British Columbia Hydro & Power Authority and the International Brotherhood of Electrical Workers, Local 213, (the "IBEW"), and a consolidated decision in respect of both applications was issued by a unanimous five-member panel of the Board, upholding, though for different reasons, the decisions of the original Boards.

Both CAIMAW and the IBEW petitioned the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, for an order quashing the decision of the review panel of the Labour Relations Board. Meredith J. granted the applications. Paccar and B.C. Hydro appealed to the British Columbia Court of Appeal, but the appeals were dismissed by a unanimous five-member panel of that court. Paccar appeals to this Court with leave. B.C. Hydro has been named as a respondent but neither it nor the IBEW appeared before this Court or submitted factums.

Decisions Below

Before the first Board, two issues required resolution. The first was whether Paccar had in fact terminated the collective agreement. The Board held, interpreting those portions of Article 21 set out above, that the employer had duly terminated the agreement in accordance with its terms. The issue that then arose was whether, in spite of the termination of the agreement, its terms necessarily bound Paccar and governed its relationship with its employees or whether Paccar had the authority to impose, unilaterally upon the employees in the bargaining unit, terms and conditions of employment different from those set out in the terminated agreement. The Board concluded in favour of the latter position. The essence of its reasoning is set out in the following passage:

We conclude that the employer and the trade union may unilaterally impose terms and conditions of employ-

à savoir si une convention collective était toujours en vigueur. Un comité de trois membres de la Commission a débouté le syndicat. Celui-ci a demandé et obtenu une nouvelle audience en vertu de l'art. 36 du Code. À la nouvelle audience, la demande a été entendue en même temps qu'une autre portant sur un différend entre British Columbia Hydro & Power Authority et la Fraternité internationale des ouvriers en électricité, section locale 213, («FIOE»); une décision commune aux deux demandes a été rendue par un comité unanime de cinq membres qui a confirmé, bien que pour des motifs différents, les décisions des premiers comités.

CAIMAW et FIOE ont toutes deux demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, conformément à la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 209, de prononcer une ordonnance annulant la décision du comité de révision de la Commission. Le juge Meredith a fait droit à ces demandes. Paccar et B.C. Hydro ont interjeté appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui les a déboutés dans une décision unanime de cinq juges. Paccar se pourvoit devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. B.C. Hydro y figure à titre d'intimée, mais à l'instar de FIOE, elle n'a ni comparu devant notre Cour ni produit de mémoire.

Décisions des tribunaux d'instance inférieure

Le premier comité a été saisi de deux questions. Dans la première, il s'agissait de savoir si Paccar avait effectivement mis fin à la convention collective. En interprétant les extraits susmentionnés de l'art. 21, le comité a conclu que l'employeur avait dûment mis fin à la convention collective conformément à ses conditions. Partant, il s'agissait de déterminer si, malgré l'expiration de la convention, ses conditions liaient nécessairement Paccar et régissaient ses relations avec ses employés, ou si Paccar pouvait imposer unilatéralement à ses employés de l'unité de négociation des conditions de travail différentes de celles qui étaient stipulées dans la convention échué. Le comité a retenu cette dernière hypothèse. L'essentiel de son raisonnement est énoncé dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Nous concluons que l'employeur et le syndicat peuvent imposer unilatéralement des conditions

1989 CanLII 49 (SCC)

ment to be "incorporated" into the individual contracts of employment which spring up on the termination of the collective agreement. The appropriate response by the employer or the trade union to unacceptable "new terms" proposed by the other is to lock out or strike. That is not to say that an employer has a free hand. Certainly the employer's behaviour will be limited by the unfair labour practice provisions of the Code (for example, Section 6 thereof) and by Section 46.

The Board concluded that changing the terms and conditions on which an employer will continue to employ its work-force after the expiry of a collective agreement did not violate the exclusive bargaining authority given to the union by s. 46 of the Code. It therefore dismissed the complaint.

The re-hearing panel gave extensive, considered reasons and upheld the decision of the original Board, though for different reasons. Before the re-hearing panel, the unions made two arguments in support of the proposition that the earlier decision was inconsistent with the law and policy under the *Labour Code*. The first argument was premised on the view that when a collective agreement expires, individual contracts of employment between the employer and the employee resume operation, and that in accordance with the principles of employment law, those contracts cannot be altered except by agreement; see *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (Ont. C.A.) In the present case, it cannot be said that the employees either expressly or impliedly accepted the varied terms.

The second argument was based on the earlier decision of the Labour Relations Board in *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, and on s. 46(a) of the *Labour Code*. That section gives the union the exclusive authority to bargain collectively for the bargaining unit, and to bind the employees by collective agreement. The union argued that the effect of s. 46(a) was to preclude the employer from unilaterally altering terms of employment without the agreement of the union.

The Labour Relations Board decided against the union on both arguments. In doing so, the Board

de travail devant être «incorporées» aux contrats individuels de travail qui émergent à l'expiration de la convention collective. La façon appropriée pour l'employeur ou le syndicat de répondre à de «nouvelles conditions» inacceptables proposées par l'autre partie est de déclencher un lock-out ou une grève. Cela ne signifie pas que l'employeur a pleine liberté pour agir. Le comportement de l'employeur sera certainement limité par les dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail (par exemple son article 6) et par l'article 46.

Le comité a conclu que le fait de modifier les conditions auxquelles l'employeur continue de retenir les services de son personnel après l'expiration d'une convention collective ne contrevenait pas au pouvoir exclusif de négocier accordé au syndicat par l'art. 46 du Code. Il a par conséquent rejeté la plainte.

Le comité qui a procédé à la nouvelle audition a, dans des motifs approfondis et réfléchis, confirmé la décision du premier comité, bien que pour des motifs différents. Devant ce nouveau comité, les syndicats ont invoqué deux moyens pour établir que la décision antérieure était incompatible avec le droit et la politique du *Labour Code*. Le premier moyen était fondé sur le point de vue portant qu'à l'expiration d'une convention collective les contrats individuels de travail entre l'employeur et les employés redeviennent opérants et que, conformément aux principes du droit du travail, ces contrats ne peuvent être modifiés sans le consentement des parties; voir *Hill v. Peter Gorman Ltd.* (1957), 9 D.L.R. (2d) 124 (C.A. Ont.) En l'espèce, on ne saurait dire que les employés ont accepté expressément ou implicitement les conditions modifiées.

Le second moyen était fondé sur la décision antérieure de la Commission *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, et sur l'al. 46a) du *Labour Code*. Cette disposition accorde au syndicat le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom de l'unité de négociation et de lier les employés par une convention collective. Le syndicat a prétendu que l'al. 46a) avait pour effet d'empêcher l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail sans avoir obtenu l'assentiment du syndicat.

La Commission a débouté le syndicat à l'égard des deux moyens. Ce faisant, elle a jugé ntile

1989 CanLII 99 (SCC)

found it useful to examine the extensive American experience, though it did not blindly follow it. It held that on termination of a collective agreement, individual contracts of employment do not revive. They stated:

In light of the Supreme Court of Canada's decision in *McGavin Toastmaster Ltd.*, [[1976] 1 S.C.R. 718], and Chief Justice Laskin's above-quoted comments, we have concluded that it is no longer appropriate to speak of individual contracts of employment and common law principles flowing therefrom in respect of an employer-employee relationship which is governed by the Labour Code. Such contracts and principles are based on individual relationships between employer and employee, whereas the Labour Code and other similar labour relations legislation is premised on a collective relationship between an employer and his employees, with individual dealings between employer and employee being prohibited.

We are of the view that the comments of Chief Justice Laskin concerning the inapplicability of individual contracts of employment and the common law apply regardless of whether a collective agreement is in force. This conclusion flows from the fundamental change brought about by the certification of a trade union to represent a group of employees in a bargaining unit. Once certified, that union has the exclusive authority to bargain on behalf of and bind the employees in the unit. The individual employee has no authority to bargain on his own behalf whether a collective agreement is in force or not. In these circumstances, it does not make sense to speak of individual contracts of employment at any time. Individual employees may no longer make contracts regarding terms and conditions of employment; only the trade union may. Further, it no longer makes sense to speak of the common law. The collective bargaining relationship is governed by the provisions of the Labour Code, not the common law.

The Board then turned to the second argument based on s. 46(a) and said:

Having given this matter serious consideration, we have concluded that Section 46(a) of the Labour Code does not prevent an employer from making unilateral alterations to terms and conditions of employment after the expiry of the collective agreement and after he has sought to negotiate those alterations with the union and the union has rejected them.

d'examiner la vaste expérience américaine, sans toutefois la suivre aveuglément. Elle a conclu qu'à l'expiration d'une convention collective les contrats individuels de travail ne redeviennent pas opérants. Elle a déclaré ce qui suit dans ses motifs:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême *McGavin Toastmaster Ltd.*, [[1976] 1 R.C.S. 718], et des observations précitées du juge en chef Laskin, nous concluons qu'il n'y a plus lieu de parler de contrats individuels de travail et de principes de *common law* qui en découlent à l'égard d'une relation employeur-employé régie par le Labour Code. De tels contrats et principes sont fondés sur des relations individuelles entre l'employeur et l'employé, tandis que le Labour Code et les autres lois semblables en matière de relations de travail sont fondés sur une relation collective entre un employeur et ses employés, dans laquelle sont interdites les négociations individuelles entre l'employeur et un employé.

Nous estimons que les observations du juge en chef Laskin sur l'inapplicabilité des contrats individuels de travail et des principes de *common law* s'appliquent peu importe qu'une convention collective soit en vigueur. Cette conclusion découle du changement fondamental qui résulte de l'accréditation d'un syndicat l'habilitant à représenter un groupe d'employés dans une unité de négociation. Une fois accrédité, ce syndicat a le pouvoir exclusif de négocier au nom des employés de l'unité une convention qui les lie. L'employé lui-même n'a aucun pouvoir de négocier en son nom, peu importe qu'une convention collective soit en vigueur ou non. Dans de telles circonstances, on ne peut vraiment parler de contrats individuels de travail. Dès lors, aucun employé ne peut conclure de contrat portant sur les conditions de travail; seul le syndicat peut le faire. Dès lors, on ne peut non plus parler de *common law*. La relation de négociation collective est régie par les dispositions du Labour Code et non par la *common law*.

La Commission s'est ensuite penchée sur le second moyen fondé sur l'al. 46a) et a déclaré:

[TRADUCTION] Après mûre réflexion, nous concluons que l'alinéa 46a) du Labour Code n'empêche pas un employeur d'apporter des modifications unilatérales aux conditions de travail après l'expiration de la convention collective, s'il a tenté de négocier ces modifications avec le syndicat et que celui-ci les a rejetées.

In doing so, the Board explicitly disagreed with the decision in *Cariboo College, supra*. The Board concluded:

After the expiry of the collective agreement, no unilateral alterations to terms and conditions of employment may be made by an employer unless they are done so in compliance with his duty to bargain in good faith with the union. Further, we wish to make it clear that the fact that an employer has made unilateral alterations to his employees' terms and conditions of employment does not extinguish his obligation to continue to bargain in good faith with the trade union and make every reasonable effort to conclude a collective agreement.

In the period after the expiry of the collective agreement, where the employer continues to operate and the employees continue to work, it will be implied that the terms and conditions of employment for the employees will continue to be the same as those contained in the just expired collective agreement. This conclusion flows from the scheme of the Labour Code as a whole, but in particular, from the duty to bargain in good faith which limits the "when" and "how" of unilateral changes to terms and conditions of employment. It is that scheme, and, in particular, the limits on unilateral action prescribed by the duty to bargain in good faith which requires the initial maintenance of the status quo and the resulting implication of the terms and conditions of employment from the just expired collective agreement.

In the result, the union's complaint was dismissed.

Meredith J. allowed the application to quash. His reasons are brief and not entirely clear. They begin by saying:

I take it that counsel for the employers and the unions agree with me that at law, labour or otherwise, the employers in these cases have no authority to make unilateral alterations in terms and conditions of employment at any time.

That agreement, if it ever existed, did not survive into this Court. Whether an employer has the asserted authority was strongly debated before us. The essence of Meredith J.'s reasoning appears to be that employment necessarily involves an agreement. Agreement and unilateral alteration are each other's antithesis. As a result, the Board was "wrong" in concluding that there had been unilateral alterations at all, and so the matter was

Ce faisant, la Commission s'est déclarée explicitement en désaccord avec la décision *Cariboo College*, précitée. Elle a conclu:

[TRADUCTION] Une fois expirée la convention collective, aucune modification des conditions de travail ne peut être apportée par l'employeur autrement que dans le respect de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi avec le syndicat. De plus, nous voulons établir clairement que le fait qu'un employeur ait modifié unilatéralement les conditions de travail de ses employés ne met pas fin à son obligation de poursuivre la négociation de bonne foi avec le syndicat et de déployer tout effort raisonnable en vue de conclure une convention collective.

Lorsque, dans la période suivant l'expiration de la convention collective, l'employeur continue d'exploiter son entreprise et les employés d'y travailler, on présume que les conditions de travail des employés demeurent les mêmes que celles contenues dans la convention collective qui vient d'expirer. Cette conclusion découle du régime juridique du Labour Code dans son ensemble et, en particulier, de l'obligation de négocier de bonne foi qui limite le cadre temporel et les modalités des modifications unilatérales pouvant être apportées aux conditions de travail. C'est ce régime et, en particulier, les limites restreignant l'action unilatérale qui découlent de l'obligation de négocier de bonne foi, qui rendent obligatoire le maintien initial du statu quo et la reprise implicite des conditions de travail de la convention collective qui vient d'expirer.

La plainte du syndicat a finalement été rejetée.

Le juge Meredith a fait droit à la demande d'annulation de cette décision. Ses motifs sont brefs et manquent quelque peu de clarté. Ils débütent par la phrase suivante:

[TRADUCTION] Je suppose que les avocats des employeurs et des syndicats conviennent avec moi qu'en droit, des relations de travail ou autre, les employeurs en pareils cas n'ont en aucun temps le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail.

S'il a déjà existé, cet accord n'a pas survécu devant cette Cour. Les parties ont en effet débattu avec vigueur devant nous la question de savoir si l'employeur a le pouvoir qu'il revendique. L'essentiel du raisonnement du juge Meredith semble être que l'emploi suppose nécessairement une entente. Or, entente et modification unilatérale forment une antithèse. Par conséquent, la Commission a eu « tort » de conclure à l'existence de modifications

remitted back to the Labour Relations Board for further consideration.

The Court of Appeal dismissed the appeal from that order. It held that the common law, and more particularly basic contract law, had not been ousted by the *Labour Code* and applied not only to individual contracts of employment but also to collective agreements. The court held that terms could not be unilaterally imposed by an employer. Seaton J.A. said:

No foundation is given for the statement that "an employer has the authority under the Labour Code to make unilateral alterations . . .". No section says that; nor does any imply it. The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action.

The Court of Appeal rejected all reliance on the American authorities. These, it thought, were concerned with the issue of whether unilateral changes constituted a failure to bargain in good faith, an argument the unions had abandoned in the present case at the opening of the original Board hearing, or alternatively dealt with changes favourable to the employees, which is unlike the case at bar. As the Court of Appeal was of the view that the three panels of the Labour Relations Board were wrong in finding that an employer had the authority to unilaterally alter terms and conditions of employment after the expiry of the collective agreement, the court, in the last line of its decision, held that to find such a power in the employer was patently unreasonable.

Analysis

In oral argument before this Court, counsel for CAIMAW conceded that the Labour Relations Board had jurisdiction to embark upon the specific inquiry as to whether the employer has the authority to alter unilaterally the terms and conditions of employment. He submitted, however, that the Labour Relations Board lost jurisdiction by coming to the conclusion that that right exists without having any rational basis for so determining. In finding such a right, he submitted, the

unilatérales, d'où le renvoi de la question à la Commission pour nouvel examen.

La Cour d'appel a rejeté l'appel de cette ordonnance. Elle a conclu que la *common law* et, en particulier, les principes fondamentaux du droit des contrats n'avaient pas été supplantés par le *Labour Code* et qu'ils s'appliquaient non seulement aux contrats individuels de travail, mais également aux conventions collectives. La cour a statué que des conditions ne pouvaient être imposées unilatéralement par l'employeur. Le juge Seaton a déclaré:

[TRADUCTION] On n'a présenté aucune justification de la prétention selon laquelle «l'employeur a le pouvoir en vertu du Labour Code de procéder à des modifications unilatérales . . .». Aucun article ne prévoit cela ni ne permet de le déduire. Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale.

La Cour d'appel a nié toute pertinence aux décisions américaines. Selon elle, ces décisions portaient soit sur la question de savoir si des modifications unilatérales constituaient un défaut de négocier de bonne foi, argument que les syndicats avaient abandonné en l'espèce dès le début de la première audience de la Commission, soit sur des modifications favorables aux employés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Puisque, selon elle, les trois comités de la Commission avaient eu tort de conclure que l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail après l'expiration de la convention collective, la Cour d'appel a conclu, à la dernière ligne de son dispositif, qu'une décision reconnaissant ce pouvoir à l'employeur était manifestement déraisonnable.

Analyse

Dans son argumentation orale devant notre Cour, l'avocat de CAIMAW a admis que la Commission avait compétence pour déterminer précisément si l'employeur avait le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail. Il a toutefois prétendu que la Commission avait perdu compétence en concluant à l'existence de ce droit sans étayer sa décision de façon rationnelle. Ainsi, selon lui, la Commission n'a pas simplement commis une erreur grave sur une question relevant

1989 CanLII 49 (SCC)

Labour Relations Board went beyond making a serious error within its jurisdiction and into the realm of patently unreasonable errors.

The first step in determining whether an administrative tribunal has exceeded its jurisdiction by answering a question of law in a patently unreasonable manner is to determine its jurisdiction. "At this stage, the Court examines not only the wording of the enactment conferring jurisdiction on the administrative tribunal, but the purpose of the statute creating the tribunal, the reason for its existence, the area of expertise of its members and the nature of the problem before the tribunal"; see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1088.

The Labour Relations Board derives its authority from Part II of the *Labour Code*, particularly ss. 27 and 31 to 34. It is useful to set out these provisions. They read:

27. (1) The board, having regard to the public interest as well as the rights and obligations of parties before it, may exercise its powers and shall perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to develop effective industrial relations in the interest of achieving or maintaining good working conditions and the well being of the public. For those purposes, the board shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace, and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees; and
- (c) promoting conditions favourable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade unions.

(2) The board may formulate general guidelines to further the operation of this Act; but the board is not bound by those guidelines in the exercise of its powers or the performance of its duties.

31. Except as provided in this Act, the board has and shall exercise exclusive jurisdiction to hear and determine an application or complaint under this Act and to

de sa compétence, mais une erreur manifestement déraisonnable.

La première étape de l'analyse permettant de juger si un tribunal administratif a excédé sa compétence en tranchant une question de droit d'une façon manifestement déraisonnable consiste à déterminer sa compétence. «À cette étape, la Cour examine non seulement le libellé de la disposition législative qui confère la compétence au tribunal administratif, mais également l'objet de la loi qui crée le tribunal, la raison d'être de ce tribunal, le domaine d'expertise de ses membres, et la nature du problème soumis au tribunal»; voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1088.

La Commission tient ses pouvoirs de la partie II du *Labour Code*, tout particulièrement des art. 27 et 31 à 34. Il est utile d'exposer le contenu de ces dispositions.

[TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public ainsi que des droits et obligations respectifs des parties qui se présentent devant elle, la commission peut exercer ses pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribuées ou imposées en vertu de la présente loi de façon à instaurer des relations industrielles efficaces pour l'établissement ou le maintien de bonnes conditions de travail et le bien-être du public. À ces fins, la commission doit tenir compte des objectifs suivants:

- a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;
- c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus.

(2) La commission peut formuler des lignes directrices générales pour faciliter l'application de la présente loi; la commission n'est toutefois pas liée par ces lignes directrices dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions.

31. Sous réserve de ce qui est prévu dans la présente loi, la commission a compétence exclusive pour entendre et trancher une demande ou une plainte présentée en

make an order permitted to be made. Without limiting the generality of the foregoing, the board has and shall exercise exclusive jurisdiction in respect of

- a) a matter in respect of which the board has jurisdiction under this Act or regulations;
- (b) a matter in respect of which the board determines under section 33 that it has jurisdiction; and
- (c) an application for the regulation, restraint or prohibition of a person or group of persons from
 - (i) ceasing or refusing to perform work or to remain in a relationship of employment;
 - (ii) picketing, striking or locking out; or
 - (iii) communicating information or opinion in a labour dispute by speech, writing or other means.

32. (1) Except as provided in this section, no court has or shall exercise any jurisdiction in respect of a matter that is, or may be, the subject of a complaint under section 28 or a matter referred to in section 31, and, without restricting the generality of the foregoing, no court shall make an order enjoining or prohibiting an act or thing in respect of them.

33. The board has and shall exercise exclusive jurisdiction to determine the extent of its jurisdiction under this Act, a collective agreement or the regulations, to determine a fact or question of law necessary to establish its jurisdiction and to determine whether or in what manner it shall exercise its jurisdiction.

34. (1) The board has exclusive jurisdiction to decide a question arising under this Act, and, on application by any person or on its own motion, may decide for all purposes of this Act any question, including, without restricting the generality of the foregoing, any question as to whether

- (d) a person is, or what persons are, bound by a collective agreement;
- (e) a person is, or what persons are, parties to a collective agreement;
- (g) a collective agreement is in full force and effect;
- (h) a person is bargaining collectively or has bargained collectively in good faith;

vertu de la présente loi et pour rendre l'ordonnance permise. La commission a notamment compétence exclusive à l'égard de

- a) toute question qui relève de sa compétence en vertu de la présente loi ou de ses règlements d'application;
- b) toute question au sujet de laquelle la commission détermine, en vertu de l'article 33, qu'elle est compétente; et
- c) toute demande visant à réglementer, à restreindre ou à interdire le fait pour une personne ou un groupe de personnes
 - (i) de cesser ou de refuser d'accomplir un travail ou de demeurer dans une relation de travail;
 - (ii) d'établir un piquet de grève, de déclencher la grève ou de provoquer un lock-out;
 - (iii) de communiquer des renseignements ou des opinions sur un conflit de travail de vive voix, par écrit ou autrement.

32. (1) Sous réserve de ce qui est prévu dans le présent article, aucun tribunal ne peut exercer sa compétence à l'égard d'une question qui fait ou qui peut faire l'objet d'une plainte en vertu de l'article 28 ou d'une question mentionnée à l'article 31, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, aucun tribunal ne peut rendre une ordonnance de faire ou de ne pas faire quelque chose à l'égard de ces questions.

33. La commission a compétence exclusive pour déterminer l'étendue de sa compétence en vertu de la présente loi, d'une convention collective ou des règlements, pour statuer sur un fait ou sur une question de droit nécessaire pour établir sa compétence et, s'il y a lieu, pour en fixer les modalités d'exercice.

34. (1) La Commission a compétence exclusive pour trancher une question découlant de la présente loi et elle peut, sur demande ou de sa propre initiative, trancher pour les fins de la présente loi toute question, y compris, sans restreindre la portée générale de ce qui précède, la question de savoir

- d) si une ou plusieurs personnes sont liées par une convention collective;
- e) si une ou plusieurs personnes sont parties à une convention collective;
- g) si une convention collective est en vigueur;
- h) si une personne négocie ou a négocié collectivement de bonne foi;

(2) Except in respect of the constitutional jurisdiction of the board, a decision or order of the board under this Act, a collective agreement or the regulations, on a matter in respect of which the board has jurisdiction, or determines under section 33 that it has jurisdiction under this Act, a collective agreement or the regulations, is final and conclusive and is not open to question or review in a court on any grounds, and no proceedings by or before the board shall be restrained by injunction, prohibition, mandamus or another process or proceeding in a court, or be removable by certiorari or otherwise into a court.

Section 27 requires that the Labour Relations Board make its decisions having regard to the public interest and the object of promoting harmonious relations between employers and employees. This direction to the Board does not, however, allow a court to substitute its judgment for that of the Board as to what actions will "develop effective industrial relations" and "secur[e] and [maintain] industrial peace". Section 27 is not, in this sense, a jurisdiction limiting provision upon the interpretation of which the Board cannot err without being subject to judicial review. Indeed, if the courts could intervene every time they were of the opinion that a particular decision of the Board did not accord with the objectives set out in s. 27, the notion of curial deference would be deprived of virtually all meaning. Every decision of the tribunal would be open to review whether patently unreasonable or not. In my opinion, s. 27 amounts to a direction to the Board simply as to the purposes and objects to which it should have regard. Implicit in the establishment of an expert administrative tribunal, however, is that that tribunal is the best judge of what actions would develop "effective" industrial relations and "further" industrial peace and harmony. Thus, in *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338 (B.C.C.A.), at p. 345, Esson J.A. said:

(2) Exception faite de la compétence constitutionnelle de la commission, une décision ou ordonnance de la commission rendue en vertu de la présente loi, d'une convention collective ou des règlements, sur une question à l'égard de laquelle la commission a compétence ou détermine, en vertu de l'article 33, qu'elle a compétence en vertu de la présente loi, d'une convention collective ou des règlements, est finale et concluante, et ne peut faire l'objet d'une remise en cause ou d'un contrôle devant un tribunal pour quelque motif que ce soit, et aucune procédure engagée par la commission ou devant elle ne peut être restreinte par voie d'injonction, de prohibition, de *mandamus* ou d'autres procédures judiciaires, ni être révoquée par voie de *certiorari* ou autrement devant un tribunal.

L'article 27 oblige la Commission à rendre ses décisions en tenant compte de l'intérêt public et de l'objectif consistant à promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés. Cette directive donnée à la Commission ne permet toutefois pas à un tribunal judiciaire de substituer son jugement à la décision de la Commission en ce qui a trait aux mesures propres à [TRADUCTION] «instaurer des relations industrielles efficaces» et à [TRADUCTION] «assurer et maintenir la paix industrielle». En ce sens, l'art. 27 n'est pas une disposition limitative de compétence à l'égard de laquelle la Commission ne peut commettre d'erreur d'interprétation sans donner ouverture au contrôle judiciaire. En fait, si les tribunaux judiciaires pouvaient intervenir chaque fois qu'ils estiment qu'une décision de la Commission ne correspond pas aux objectifs énoncés à l'art. 27, la notion de retenue judiciaire n'aurait pratiquement aucun sens. Toutes les décisions du tribunal administratif donneraient ouverture au contrôle judiciaire, qu'elles soient manifestement déraisonnables ou non. À mon avis, l'art. 27 constitue simplement une directive donnée à la Commission quant aux objectifs dont elle devrait tenir compte. L'établissement d'un tribunal administratif spécialisé implique toutefois que ce tribunal est le meilleur juge des mesures susceptibles d'instaurer des relations industrielles «efficaces» et de «promouvoir» la paix et l'harmonie industrielles. À ce sujet, le juge Esson déclare ceci dans l'arrêt *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115* (1985), 68 B.C.L.R. 338 (C.A.C.-B.), à la p. 345:

But where, as here, the interpretation depends upon the question whether the specific exercise of power is justified by the purposes and objects of the Act, there is an element of "curial deference" involved. The board is uniquely qualified to know what is necessary to develop effective industrial relations or maintain good working conditions. So, where the question is whether a particular exercise of power not prevented by the express words of the Code is one intended to be granted to the board, the court must show reasonable deference to the board's views and reasons in support of it. [Emphasis added.]

That it was the legislative intention that the interpretation of s. 27 should be left for the Board alone to determine is made clear by s. 33. That section gives the Board the exclusive jurisdiction to determine the extent of its jurisdiction under the Act, to determine any fact necessary to establish its jurisdiction, and to determine in what manner it shall exercise its jurisdiction. At the very least, the effect of this section must be that it establishes that it is for the Board to determine whether any particular decision accords with the purposes and objects of s. 27, provided its interpretation is not patently unreasonable.

Where, as here, an administrative tribunal is protected by a privative clause, this Court has indicated that it will only review the decision of the Board if that Board has either made an error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or has exceeded its jurisdiction by making a patently unreasonable error of law in the performance of its function; see *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. The tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner "so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review" (p. 237). The test for review is a "severe test"; see *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493. This restricted scope of review requires the courts to adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal. Curial deference is more than just a fiction courts resort to when they are in agreement with the decisions

[TRADUCTION] Mais lorsque, comme en l'espèce, l'interprétation dépend de la question de savoir si l'exercice précis du pouvoir est justifié par les objectifs de la Loi, un élément de «retenue judiciaire» entre en jeu. La commission est la mieux qualifiée pour déterminer ce qui est nécessaire pour instaurer des relations industrielles efficaces ou pour maintenir de bonnes conditions de travail. Par conséquent, lorsqu'il s'agit de déterminer si on a voulu que l'exercice particulier d'un pouvoir qui n'est pas interdit expressément par le Code soit confié à la commission, la cour doit faire preuve de retenue raisonnable à l'égard des opinions et des motifs donnés par la commission à l'appui de ce pouvoir. [Je souligne.]

L'article 33 montre clairement que l'intention du législateur était de laisser entièrement à la Commission l'interprétation de l'art. 27. L'article 33 accorde en effet à la Commission compétence exclusive pour déterminer l'étendue de sa compétence en vertu de la Loi, pour constater tout fait nécessaire à l'établissement de sa compétence et pour en déterminer les modalités d'exercice. Cet article a tout au moins pour effet d'établir qu'il incombe à la Commission de déterminer si une décision donnée correspond aux objectifs de l'art. 27, pourvu que son interprétation ne soit pas manifestement déraisonnable.

Lorsque, comme en l'espèce, un tribunal administratif est protégé par une clause privative, notre Cour a déclaré qu'elle n'examinera la décision du tribunal que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction; voir *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. Le tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu'il n'agisse pas de façon «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire» (p. 237). Le critère de contrôle constitue un «test sévère»; voir *Blanchard c. Control Data Canada Liée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493. Cette portée restreinte du contrôle oblige les cours de justice à adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif. La retenue judiciaire est plus qu'une

1989 CanLII 49 (SCC)

of the tribunal. Mere disagreement with the result arrived at by the tribunal does not make that result "patently unreasonable". The courts must be careful to focus their inquiry on the existence of a rational basis for the decision of the tribunal, and not on their agreement with it. The emphasis should be not so much on what result the tribunal has arrived at, but on how the tribunal arrived at that result. Privative clauses, such as those contained in ss. 31 to 34 of the Code, are permissible exercises of legislative authority and, to the extent that they restrict the scope of curial review within their constitutional jurisdiction, the Court should respect that limitation and defer to the Board.

In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, *supra*, Dickson J., as he then was, thus put it at pp. 235-36:

Section 101 constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

The comments of McIntyre J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 416, are particularly apt:

Our experience with labour relations has shown that the courts, as a general rule, are not the best arbiters of disputes which arise from time to time. Labour legislation has recognized this fact and has created other procedures and other tribunals for the more expeditious

fiction invoquée par les cours de justice lorsque celles-ci sont d'accord avec les décisions du tribunal. Un simple désaccord avec le résultat atteint par le tribunal administratif ne suffit pas à rendre ce résultat «manifestement déraisonnable». Les cours de justice doivent prendre soin de vérifier si la décision du tribunal a un fondement rationnel plutôt que de se demander si elles sont d'accord avec celle-ci. L'accent devrait être mis non pas sur le résultat auquel est arrivé le tribunal, mais plutôt sur la façon dont le tribunal est arrivé à ce résultat. Les clauses privatives comme celles contenues aux art. 31 à 34 du Code constituent des exercices permis du pouvoir du législateur et, dans la mesure où elles restreignent la portée du contrôle judiciaire dans le cadre des pouvoirs constitutionnels, la Cour devrait respecter cette restriction et s'en remettre à la décision de la Commission.

Dans l'arrêt *Syndicat de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, déclare ce qui suit, aux pp. 235 et 236:

L'article 101 révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

Les commentaires du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 416, sont particulièrement pertinents:

Notre expérience en matière de relations de travail montre que les tribunaux, en règle générale, ne sont pas les meilleurs arbitres des différends qui peuvent surgir à l'occasion. La législation du travail a reconnu ce fait, en créant d'autres procédures et d'autres tribunaux en vue

and efficient settlement of labour problems. Problems arising in labour matters frequently involve more than legal questions. Political, social, and economic questions frequently dominate in labour disputes. The legislative creation of conciliation officers, conciliation boards, labour relations boards, and labour dispute-resolving tribunals, has gone far in meeting needs not attainable in the court system. The nature of labour disputes and grievances and the other problems arising in labour matters dictates that special procedures outside the ordinary court system must be employed in their resolution. Judges do not have the expert knowledge always helpful and sometimes necessary in the resolution of labour problems. The courts will generally not be furnished in labour cases, if past experience is to guide us, with an evidentiary base upon which full resolution of the dispute may be made. In my view, it is scarcely contested that specialized labour tribunals are better suited than courts for resolving labour problems, except for the resolution of purely legal questions.

See also *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, unreported, B.C.S.C., January 24, 1986, at p. 6.

I do not find it necessary to conclusively determine whether the decision of the Labour Relations Board is "correct" in the sense that it is the decision I would have reached had the proceedings been before this Court on their merits. It is sufficient to say that the result arrived at by the Board is not patently unreasonable. Indeed, I would go so far as to say that the result reached by the Board is as reasonable as the alternative. It is not necessary to go beyond that.

I am of the opinion that the courts below did not apply the appropriate standard of review to the decisions of the Board. I cannot escape the conclusion that, instead of examining the reasonableness or rationality of the Board's decision, the courts substituted their view of the appropriate result. In doing so, they became the arbiters of labour policy as can be seen from the finding that, while "The code as a whole seeks stability resulting from agreement[, this] new power creates instability resulting from unilateral action". With respect,

d'obtenir un règlement plus prompt et efficace des problèmes qui surviennent dans le domaine du travail. Souvent, les problèmes en matière de travail ne se résument pas à des questions juridiques. Des questions politiques, sociales et économiques dominent fréquemment les conflits de travail. La création par voie législative de conciliateurs, de conseils d'arbitrage, de commissions des relations du travail et de tribunaux du travail a permis, dans une large mesure, de répondre à des besoins auxquels ne pouvait satisfaire le système judiciaire. La nature des conflits de travail, des griefs et des autres problèmes qui surgissent dans ce domaine, commande le recours à des procédures spéciales, en dehors du système judiciaire ordinaire, pour les résoudre. Les juges n'ont pas les connaissances spécialisées toujours utiles et parfois nécessaires pour résoudre les problèmes en matière de travail. Les tribunaux en général ne disposent pas dans ces affaires, si l'expérience passée peut nous guider, d'un fondement probatoire qui puisse permettre de résoudre complètement le différend. À mon avis, il n'est guère contesté que les tribunaux spécialisés en matière de relations de travail sont mieux équipés que les tribunaux judiciaires pour résoudre les problèmes en matière de travail, sauf s'il s'agit de questions purement juridiques.

Voir également *Inter City Glass Co. v. Attorney General of British Columbia*, décision inédite, C.S.C.-B., 24 janvier 1986, à la p. 6.

J'estime qu'il n'est pas nécessaire de déterminer de façon concluante si la décision de la Commission est «juste» en ce sens que c'est la décision à laquelle je serais parvenu si la cause avait été entendue quant au fond par notre Cour. Il suffit de dire que le résultat auquel la Commission est arrivée n'est pas manifestement déraisonnable. En fait, j'irais jusqu'à dire que le résultat atteint par la Commission est aussi raisonnable que l'autre solution. Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin.

Selon moi, les tribunaux d'instance inférieure n'ont pas appliqué la bonne norme de contrôle aux décisions de la Commission. Je ne puis que conclure qu'au lieu d'examiner le caractère raisonnable ou rationnel de la décision de la Commission, ces tribunaux ont substitué leur point de vue sur le résultat adéquat. Ce faisant, ils sont devenus les arbitres d'une politique du travail, comme cela ressort de la conclusion portant que si [TRADUCTION] «Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente[, c]e nouveau

one cannot imagine that the Labour Relations Board did not consider the implications of a finding that the employer could unilaterally alter the terms and conditions of employment.

Other passages in the Court of Appeal's reasons also support the view that its decision was arrived at because it accorded with the court's view of the appropriate policy. Thus, Seaton J.A. held that "I do not accept that terms can be imposed unilaterally by an employer" (emphasis added). Later he said:

I accept that after the expiry of a collective agreement the implied terms and conditions of employment are those found in the expired agreement. That must be so. The employees are not working for nothing. Unless something happens, the seniority rights, the pension rights, the dental plan and all those benefits that have been won by unions over the years must continue. The alternative is chaos. [Emphasis added.]

Labour relations policy is a matter for the specialized tribunal. As noted in *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115*, supra, at p. 345: "The board is uniquely qualified to know what is necessary to develop effective industrial relations or maintain good working conditions." By substituting its view of the effect of the conclusion of the Labour Relations Board, I am of the opinion that the Court of Appeal exceeded its function.

The Court of Appeal was also influenced by its view of the role of the common law in labour relations. While it accepted that individual contracts of employment no longer arise if the parties are in a collective bargaining relationship, a conclusion inescapable since the decision of this Court in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718, they limited the ratio of that decision to the rejection of common law only in so far as it relates to individual employment contracts. They maintained that the essence of

pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale». En toute déférence, il est impossible d'imaginer que la Commission n'ait pas tenu compte des conséquences d'une conclusion portant que l'employeur peut modifier unilatéralement les conditions de travail.

D'autres passages des motifs de la Cour d'appel étaient le point de vue selon lequel cette décision a été arrêtée parce qu'elle correspondait à la perception qu'avait la cour de la politique appropriée. Ainsi, le juge Seaton a déclaré: [TRADUCTION] «Je n'accepte pas que des conditions puissent être imposées unilatéralement par un employeur» (Je souligne). Plus loin, il déclare ce qui suit:

[TRADUCTION] J'accepte qu'après l'expiration d'une convention collective, les conditions d'emploi implicites sont celles qui se trouvaient dans la convention expirée. Il doit en être ainsi. Les employés ne travaillent pas pour rien. À moins qu'il se passe quelque chose, les droits d'ancienneté, les droits à une pension de retraite, le régime de soins dentaires et tous les autres avantages gagnés par les syndicats au fil des ans doivent continuer de s'appliquer. Autrement, ce serait le chaos. [Je souligne.]

La politique en matière de relations de travail est une question qui relève du tribunal spécialisé. Comme on l'a souligné dans la décision *Lorne W. Camozzi Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 115*, précitée, à la p. 345: «La commission est la mieux qualifiée pour déterminer ce qui est nécessaire pour instaurer des relations industrielles efficaces ou pour maintenir de bonnes conditions de travail.» À mon avis, en substituant sa perception des conséquences de la décision de la Commission, la Cour d'appel a excédé ses fonctions.

La Cour d'appel a aussi été influencée par sa perception du rôle de la *common law* en matière de relations de travail. Tout en acceptant qu'il n'y a plus de contrats individuels de travail lorsque les parties se trouvent dans une relation de négociation collective, une conclusion inéluctable depuis l'arrêt de notre Cour *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718, les juges ont limité le raisonnement de cet arrêt au rejet de la *common law* uniquement en ce qui a trait aux contrats individuels de travail. Ils ont déclaré que

employment is not a "relationship", but agreement. Since the employer cannot "agree" directly with the employee, because that is precluded by statute (s. 46(a)), and since an agreement cannot be altered if one party does not expressly or impliedly consent to the alteration (see *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, *supra*), even though the agreement has by its own terms expired, the same terms and conditions must continue in force. Before this Court, counsel for the union did not try to defend the approach taken by the Court of Appeal with respect to the common law. While he submitted that the common law remains the substratum underlying the *Labour Code*, a position it is not necessary to accept or reject in this appeal, he submitted that the common law was only relevant to this appeal in that no express power to unilaterally alter a collective agreement could be found in it.

I do not see that the common law has any relevance to this appeal. The Labour Relations Board dealt with the application of the common law in specific response to the argument of the union that on termination of the collective agreement individual contracts of employment revive. The tribunal correctly rejected that argument as inconsistent with the decision of this Court in *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, *supra*. In that case, Laskin C.J. found that employer-employee relations governed by a collective agreement displaced the common law of individual employment. He noted at pp. 726-27:

Neither this Act [*The Mediation Services Act*, S.B.C. 1968, c. 26] nor the companion *Labour Relations Act* could operate according to their terms if common law concepts like repudiation and fundamental breach could be invoked in relation to collective agreements which have not expired and where the duty to bargain collectively subsists.

I can see no reason why this finding should be restricted to those cases where the collective agreement continues in existence. The operative factor, it seems to me, is the ongoing duty on the parties to bargain collectively and in good faith. So long

l'essentiel d'un emploi n'est pas une «relation», mais une entente. Puisque l'employeur ne peut «s'entendre» directement avec l'employé parce que la Loi l'interdit (l'al. 46a)), et qu'une entente ne peut être modifiée que si l'une des parties donne expressément ou implicitement son consentement à la modification (voir *Hill v. Peter Gorman Ltd.*, précité), les mêmes conditions doivent demeurer en vigueur même si l'entente elle-même est venue à expiration. Devant notre Cour, l'avocat du syndicat n'a pas tenté de se porter à la défense du point de vue adopté par la Cour d'appel à l'égard de la *common law*. Tout en prétendant que la *common law* demeure le substrat du *Labour Code*, position qu'il n'est pas nécessaire d'accepter ou de rejeter dans le présent pourvoi, il a fait valoir que la *common law* n'était pertinente à l'espèce que dans la mesure où on ne pouvait y trouver aucun pouvoir exprès de modifier unilatéralement une convention collective.

Je ne puis conclure à la pertinence de la *common law* en l'espèce. La Commission a traité de l'application de la *common law* précisément pour répondre à l'argument du syndicat selon lequel, à l'expiration d'une convention collective, les contrats individuels de travail redeviennent opérants. Le tribunal administratif a eu raison de rejeter cet argument pour le motif qu'il était incompatible avec l'arrêt de notre Cour *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, précité. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin avait conclu que les rapports employeur-employé régis par une convention collective supplantent la *common law* en matière de contrat individuel de travail. Voici ce qu'il déclarait, aux pp. 726 et 727:

Ni cette loi [*The Mediation Services Act*, S.B.C. 1968, chap. 26], ni le *Labour Relations Act* ne pourraient être appliqués selon leurs termes si des principes de droit commun tels que la répudiation et la violation d'une disposition fondamentale pouvaient être invoqués à l'égard de conventions collectives qui ne sont pas encore échues et au regard desquelles l'obligation de négocier collectivement demeure.

Je ne puis voir pourquoi cette conclusion devrait se limiter aux cas où la convention collective continue d'être en vigueur. Le facteur clé, me semble-t-il, est l'obligation permanente des parties de négocier collectivement et de bonne foi. Tant que cette

as that obligation remains, then the tripartite relationship of union, employer and employee brought about by the Code displaces common law concepts. The termination of the collective agreement has no effect on the obligation of the parties to bargain in good faith imposed by s. 6. The union retains its certification as the representative of the employees whether a collective agreement is in force or not. The scheme of the *Labour Code*, requiring the union and the employer to bargain collectively as the expiry of a collective agreement approaches (ss. 62 and 63) does not leave any room for the operation of common law principles. To the extent the decision of the Court of Appeal relied on them in holding the decision of the Labour Relations Board to be unreasonable, I am of the opinion that the court erred.

The union submitted that the decision of the Board permitting the employer to alter terms and conditions of employment after unsuccessful bargaining towards a new agreement should be considered patently unreasonable because it is not expressly provided for in the Code or supported by implication from the scheme of the Code. Finding such a power, it maintained, would upset the balance of the labour relations legislation which offsets the union's right to strike against the employer's power to lock-out. The balance of the statute, it continued, would also be disturbed because the union has no countervailing or equivalent power. The union could not, for example, unilaterally decide that after expiry of the collective agreement a salary increase would take effect. Since the employer controls the payroll and manages the operation, such an attempt by the union to single-handedly alter the employment terms would simply be ignored by the employer.

It is not suggested that the Industrial Relations Council did not have the right to determine the existence of this power in the employer. This complaint was originally brought pursuant to s. 34(1)(g) of the *Labour Code* for a determination as to whether a collective agreement was in effect.

obligation subsiste, la relation tripartite qui existe entre le syndicat, l'employeur et l'employé en raison du Code supplante les principes de *common law*. L'expiration de la convention collective n'a aucun effet sur l'obligation des parties de négocier de bonne foi conformément à l'art. 6. Le syndicat conserve son accréditation comme représentant des employés, peu importe qu'une convention collective soit en vigueur ou non. Le régime juridique établi par le *Labour Code*, qui exige que le syndicat et l'employeur négocient collectivement à l'approche de l'expiration d'une convention collective (art. 62 et 63), ne laisse aucune place à l'application des principes de *common law*. J'estime que la Cour d'appel a commis une erreur dans la mesure où elle s'est fondée sur ces principes pour juger que la décision de la Commission était déraisonnable.

Le syndicat a fait valoir que la décision de la Commission de permettre à l'employeur de modifier les conditions de travail après l'insuccès de négociations visant la signature d'une nouvelle convention devrait être considérée comme manifestement déraisonnable parce qu'elle n'est ni prévue expressément dans le Code ni justifiée implicitement par le régime du Code. Selon le syndicat, conclure à l'existence d'un tel pouvoir bouleverserait l'équilibre de la Loi en matière de relations de travail, où le droit du syndicat de déclencher la grève est contrebalancé par le droit de l'employeur de décréter le lock-out. Selon le syndicat, l'équilibre de la Loi serait également perturbé en ce que le syndicat ne dispose d'aucun pouvoir équivalent pour faire contrepoids. Ainsi, le syndicat ne pourrait pas décider unilatéralement, après l'expiration de la convention collective, de l'entrée en vigueur d'une augmentation salariale. Puisque c'est l'employeur qui contrôle la liste de paye et qui gère l'exploitation de l'entreprise, une telle tentative par le syndicat de modifier unilatéralement les conditions de travail serait tout simplement ignorée par l'employeur.

Le syndicat ne laisse pas entendre que la Commission n'avait pas le droit de conclure à l'existence de ce pouvoir chez l'employeur. Sa plainte, portée à l'origine en vertu de l'al. 34(1)g) du *Labour Code*, visait à faire trancher la question de savoir si une convention collective était en vigueur.

1989, C. 111, [1989] 2 S.C.R. 1008

It logically follows that if the Council has the power to determine if a collective agreement is in force, it can also determine the labour relations consequences of a determination that a collective agreement has been terminated. It is no longer suggested that the collective agreement was not properly terminated. The question is simply as to the consequences of that termination.

Both the Board and the Court of Appeal relied on a passage from *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (Ont. C.A.), where Kelly J.A. described the position upon the termination of a collective agreement as follows, at p. 412:

... the accepted view appears to be that where, after the collective agreement has expired, the employee has continued to work for the employer and the employer has continued to accept the benefit of his services, there being no agreement to the contrary, and no other circumstances from which there may be implied terms and conditions of employment different from those set out in the collective agreement, the terms and conditions of the employment after expiry are to be implied and would be similar to those spelled out in the collective agreement which related directly to the individual employer-employee relationship. [Emphasis added.]

The Court of Appeal seems to have attached no importance to the words I have emphasized. It is only sensible that the terms and conditions formerly contained in a collective agreement be presumed to continue to govern the relationship, absent circumstances that would imply otherwise. The alternative to this, it is fair to say, would be chaos. However, denying to the employer the power within the context of a collective bargaining relationship to, subject to its duty to bargain in good faith, change the terms on which it will make employment available denies almost all effect to the termination clause agreed to by the parties. Instead of terminating the agreement in any real sense, it simply would signal the commencement of a new bargaining session, coupled with the threat of strikes or lock-outs. The position taken by Judson J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, at p. 624, that "When a collective agreement has expired, it is difficult to

Logiquement, il s'ensuit que si la Commission a le pouvoir de décider si une convention collective est en vigueur, elle peut également déterminer les conséquences qu'entraînera, sur le plan des relations de travail, une décision portant qu'une convention collective est échuë. Le syndicat ne prétend plus qu'on a mis fin à la convention collective de façon inadéquate. La question porte tout simplement sur les conséquences de cette résiliation.

La Commission et la Cour d'appel se sont toutes deux fondées sur un extrait de l'arrêt *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A. Ont.), dans lequel le juge Kelly décrit, à la p. 412, la situation à l'expiration d'une convention collective:

[TRADUCTION] ... l'opinion acceptée semble être la suivante: lorsqu'après l'expiration de la convention collective, l'employé a continué de travailler pour l'employeur et que l'employeur a continué d'accepter de bénéficier de ses services, en l'absence de toute convention contraire et en l'absence de toute autre circonstance permettant de déduire l'existence de conditions de travail différentes de celles qui étaient énoncées dans la convention collective, les conditions de travail après l'expiration s'apparentent implicitement à celles qui sont établies dans la convention collective portant directement sur la relation individuelle entre l'employeur et l'employé. [Je souligne.]

La Cour d'appel semble n'avoir accordé aucune importance au passage que j'ai souligné. Il n'est que raisonnable de présumer que les conditions établies antérieurement dans une convention collective continuent de régir la relation, en l'absence de toute indication contraire résultant des circonstances. Autrement, et il est juste de le dire, ce serait le chaos. Toutefois, le fait de nier à l'employeur, dans le cadre d'une relation de convention collective et sous réserve de son obligation de négociation de bonne foi, le pouvoir de modifier les conditions auxquelles il offrira du travail enlève presque tout effet à la clause de résiliation convenue entre les parties. Au lieu de mettre réellement un terme à la convention, ce geste indiquerait simplement le commencement d'une nouvelle séance de négociations, assortie de menaces de grève ou de lock-out. La position adoptée par le juge Judson dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, à la p. 624,

see how there can be anything left to govern the employer-employee relationship" seems more satisfying. The relationship continues, of course, to be subject to the requirements contained in the appropriate statutory scheme.

While it is true that the Act does not expressly provide that the employer has the power contended for, it was not unreasonable for the Board to find that the power existed. Professor Weiler, the first Chairman of the Labour Relations Board of British Columbia and one of the drafters of the Code, discusses the issue of unilateral alteration as follows (Paul Weiler, *Reconcilable Differences* (1980), at pp. 65-66):

Suppose the employer cannot get an agreement from the union to change these requirements in a new contract. In that event, management is entitled to act unilaterally. It can simply post an announcement to its employees that it is reducing the price it will pay for labour and the amount of labour that it is going to use. That is what it means for management to exercise the rights of property and of capital; to be able to propose the terms upon which it will purchase labour for its operations.

What rights and resources do the employees and their union have in response? In essence, they have only the collective right to refuse to work on those terms, to withdraw their labour rather than to accept their employer's offer. That is what a strike consists of.

It was argued that the *Labour Code* as a whole was designed to balance the power of the employer and the union by balancing the right to strike against the right to lock-out. On this point, Professor Weiler writes as follows (p. 67):

A lockout is not the employer equivalent of a strike. As I have shown, the reciprocal employer lever is really the management prerogative to maintain or to change the terms and conditions which the employer will pay its employees who want to work in its operations. (A lockout is usually the instrument of an employer association, an employer "union," which wants to defend itself against selective trade union strikes of its members.)

portant que [TRADUCTION] «Lorsqu'une convention collective est échuë, on peut difficilement concevoir qu'il y ait autre chose qui régisse les rapports employeur-employé» semble plus satisfaisante. Il va sans dire que les rapports continuent d'être assujettis aux exigences du régime légal approprié.

Même s'il est vrai que la Loi ne prévoit pas expressément que l'employeur a le pouvoir revendiqué en l'espèce, il n'était pas déraisonnable pour la Commission de conclure à l'existence de ce pouvoir. Le professeur Weiler, premier président de la Labour Relations Board of British Columbia et l'un des rédacteurs du Code, traite ainsi de la question de la modification unilatérale (Paul Weiler, *Reconcilable Differences* (1980), aux pp. 65 et 66):

[TRADUCTION] Supposons que l'employeur ne peut obtenir du syndicat l'approbation requise pour modifier ces exigences dans un nouveau contrat. En pareil cas, la direction a le droit d'agir unilatéralement. Elle peut afficher simplement un avis à ses employés portant qu'elle réduit le prix qu'elle est prête à payer en échange du travail et le personnel qu'elle emploiera. Voilà ce que signifie, pour la direction, l'exercice des droits de propriété sur les biens et le capital: être en mesure de proposer les conditions auxquelles elle achètera le travail pour son exploitation.

Quels sont les droits et les ressources concomitants des employés et de leur syndicat? Ils se résument essentiellement au droit collectif de refuser de travailler à ces conditions, de retirer leurs services plutôt que d'accepter l'offre de leur employeur. Voilà en quoi consiste la grève.

On a prétendu que le *Labour Code* dans son ensemble était conçu pour équilibrer le pouvoir de l'employeur et celui du syndicat en faisant en sorte que le droit à la grève contrebalance le droit au lock-out. À cet égard, le professeur Weiler écrit (p. 67):

[TRADUCTION] Le lock-out n'est pas l'équivalent d'une grève pour l'employeur. Comme je l'ai déjà montré, le levier concomitant de l'employeur est en réalité la prerogative de la direction de maintenir ou de modifier les conditions auxquelles l'employeur payera les employés qui veulent travailler pour son entreprise. (Le lock-out est habituellement l'outil dont dispose une association d'employeurs, ou un «syndicat» d'employeurs, pour se défendre contre les grèves sélectives de ses employés syndiqués.)

Two further considerations support the view that it was not unreasonable to find that the employer has the power to alter the terms and conditions on which he will make employment available. First, the experience of other jurisdictions shows that allowing the employer this power will not have a catastrophic effect or upset the delicate balance of power between the union and the employer. Put another way, the experience of other jurisdictions does not show that the power of unilateral alteration introduces any unfairness into the bargaining relationship. Nothing was advanced to support the view that a denial of this power is an essential element of an effective labour relations regime. Secondly, the power to change the terms of employment once an agreement has expired and the parties have been unable to agree can be inferred from the existence of provisions in the Code which limit the circumstances in which unilateral changes can be made.

No Canadian labour relations legislation grants an employer explicit power to unilaterally change terms and conditions of employment. Rather, the different jurisdictions have either declared that it shall be an unfair labour practice to effect such changes without first bargaining collectively in respect of those changes or unless a strike or lock-out has occurred (see *Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L-10, s. 10(4); *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 11(1)(m)) or have placed limits on the circumstances upon which such changes can be made. Thus, in the majority of jurisdictions an employer is prohibited from effecting changes until a strike or lock-out has or could occur; see *Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, c. L-1.2, s. 145; *Labour Code*, R.S.Q. 1977, c. C-27, s. 59; *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 50, 89; or until the parties have bargained collectively and failed to reach an agreement and a conciliator or mediator has either been unable to resolve the dispute or has not been appointed; see *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 79; *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 35(2); *Labour Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. L-1, s. 23; *Labour Relations Act*, S.N. 1977, c. 64, s. 74; *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, s. 33. While none of these statutes exactly parallels

Deux autres facteurs étayent le point de vue selon lequel il n'était pas déraisonnable de conclure que l'employeur a le pouvoir de modifier les conditions auxquelles il offre du travail. En premier lieu, l'expérience d'autres provinces montre que le fait d'accorder ce pouvoir à l'employeur n'a pas d'effet catastrophique ni ne perturbe l'équilibre fragile des pouvoirs du syndicat et de l'employeur. En d'autres termes, l'expérience vécue dans d'autres provinces ne montre pas que le pouvoir d'apporter des modifications unilatérales crée de l'injustice dans la relation de négociation. Aucun argument n'a été soumis à l'appui de l'opinion selon laquelle le déni de ce pouvoir est essentiel à l'existence d'un régime efficace de relations du travail. En second lieu, le pouvoir de modifier les conditions de travail, après l'expiration d'une convention et devant l'impossibilité pour les parties de s'entendre, peut se déduire de l'existence de dispositions du Code limitant les circonstances dans lesquelles des modifications unilatérales peuvent être apportées.

Aucune loi canadienne en matière de relations du travail n'accorde expressément à l'employeur le pouvoir de modifier unilatéralement les conditions de travail. Les diverses provinces ont plutôt soit déclaré que le fait d'apporter de telles modifications, sans que celles-ci n'aient fait préalablement l'objet de négociations collectives ou sans qu'il y ait eu grève ou lock-out, constituait une pratique déloyale de travail (voir *Loi sur les relations de travail*, L.R.M. 1987, chap. L-10, par. 10(4); *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, chap. T-17, al. 11(1)(m)), soit limité les circonstances dans lesquelles de telles modifications peuvent être apportées. Ainsi, dans la majorité des provinces, l'employeur ne peut apporter des modifications avant qu'une grève ou un lock-out ne soient ou ne puissent être déclenchés (voir *Labour Relations Code*, R.S.A. 1988, chap. L-1.2, art. 145; *Code du travail*, L.R.Q. 1977, chap. C-27, art. 59; *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), chap. L-2, art. 50 et 89), ou avant que les parties n'aient négocié collectivement sans pouvoir s'entendre et qu'un conciliateur ou un médiateur n'ait été incapable de résoudre le différend ou n'ait été désigné (voir *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, chap. 228, art. 79; *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, chap. I-4, par. 35(2); *Labour Act*,

the British Columbia *Labour Code*, much can be drawn from the fact that no jurisdiction has found it necessary to expressly permit an employer to unilaterally alter terms of employment, and implicitly all other jurisdictions allow it, albeit with some limitations. See also *International Association of Machinists and Aerospace Workers v. Air Canada*, unreported decision of the C.L.R.B. released January 18, 1988; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68.

The American authorities provide further support for the approach taken by the Labour Relations Board, and cannot be dismissed as cursorily as was done by the Court of Appeal. The relevant American statute is the *National Labour Relations Act*, as amended, 29 U.S.C., particularly ss. 8(a)(5) and 9(a) which provide that it shall be an unfair labour practice to refuse to bargain collectively with the union, and that the union shall be the exclusive bargaining agent of the employees. In this the American legislation is broadly similar to many of the Canadian statutes. Though no express power of alteration exists, subject to limitations relating to the obligation to bargain in good faith with the union, it is clear that an employer does not violate the Act by making unilateral changes that are reasonably comprehended within the pre-impasse negotiating framework; see *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (D.C. 1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (7th Cir. 1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965), at p. 316; *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (4th Cir. 1967). The Court of Appeal rejected reliance on these cases because the issue facing the American courts was whether the employer had committed an unfair labour practice. The Labour Relations Board derived guidance from these cases as showing that such a power is not inconsistent with effective labour relations. The exercise of this power is moderated by the obligation imposed in s. 6 to bargain in good faith. It is not unreasonable for

R.S.P.E.I. 1974, chap. L-1, art. 23; *Labour Relations Act*, S.N. 1977, chap. 64, art. 74; *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, chap. 19, art. 33.) Même si aucune de ces lois ne correspond exactement au *Labour Code* de la Colombie-Britannique, il est très révélateur qu'aucune province n'a jugé nécessaire de permettre expressément à un employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail, et que toutes les autres provinces le permettent implicitement, quoique sous certaines réserves. Voir également *Association internationale des machinistes et des travailleurs de l'aérospatiale c. Air Canada*, décision inédite du C.C.R.T. rendue le 18 janvier 1988; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Locals 454 and 480* (1985), 11 CLRBR (NS) 68.

La jurisprudence américaine apporte un appui supplémentaire au point de vue adopté par la Commission et elle ne saurait être écartée aussi rapidement que l'a fait la Cour d'appel. La loi américaine pertinente est la *National Labour Relations Act*, modifiée, 29 U.S.C., et tout particulièrement le sous-al. 8a)(5) et l'al. 9a) qui prévoient que le refus de négocier collectivement avec le syndicat constitue une pratique déloyale de travail et que le syndicat est l'agent négociateur exclusif des employés. À cet égard, la loi américaine ressemble dans ses grandes lignes à bon nombre de lois canadiennes. Même si on n'y retrouve aucun pouvoir exprès d'apporter des modifications, il ressort clairement que, sous réserve des limites relatives à l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat, l'employeur ne contrevient pas à la loi s'il apporte des modifications unilatérales qui sont raisonnablement comprises dans le cadre des négociations engagées avant l'impasse; voir *American Federation of Television and Radio Artists v. N.L.R.B.*, 395 F.2d 622 (D.C. 1968); *Atlas Metal Parts Co. v. N.L.R.B.*, 660 F.2d 304 (7th Cir. 1981); *American Ship Bldg. Co. v. Labor Board*, 380 U.S. 300 (1965), à la p. 316; *N.L.R.B. v. Cone Mills Corp.*, 373 F.2d 595 (4th Cir. 1967). La Cour d'appel a conclu qu'il ne fallait pas se fonder sur ces décisions parce que la question que les tribunaux américains devaient trancher était de savoir si l'employeur s'était livré à une pratique déloyale de travail. La Commission s'est inspirée de ces

1989 CanLII 49 (CC)

the Board to determine that this power can be tempered by that duty.

The British Columbia legislation expressly provides for two statutory freeze periods. The applicable provisions read:

51. (1) Where an application for certification is pending, a trade union or person affected by the application shall not declare or engage in a strike, an employer shall not declare a lockout, and an employer shall not increase or decrease rates of pay, or alter a term or condition of employment of the employees affected by the application, without the board's written permission.

61. (1) Where the board certifies a trade union as bargaining agent for employees in a unit and no collective agreement is in force,

(c) the employer shall not increase or decrease the rate of pay of an employee in the unit or alter another term or condition of employment until

(i) 4 months after the board has certified the trade union as bargaining agent for the unit; or

(ii) a collective agreement is executed, whichever occurs first.

These sections provide statutory protection to the union at a time when it would be particularly vulnerable to management initiatives designed to weaken or destabilize it. The employer is expressly prohibited from pursuing a course of action it would otherwise be able to pursue, subject of course to the unfair labour practice provisions of the Code. The scheme of the Code is such that it prohibits certain courses of action. The Board came to the conclusion that what is not prohibited by either the wording or the policy of the statute is permitted. Counsel for the union was unable to persuade me that this is an unreasonable approach. Clearly the legislature could have pro-

décisions pour montrer qu'un tel pouvoir n'est pas incompatible avec l'existence de relations de travail efficaces. L'exercice de ce pouvoir est tempéré par l'obligation de négocier de bonne foi imposée à l'art. 6. Il n'est pas déraisonnable pour la Commission de déterminer que ce pouvoir peut être tempéré par cette obligation.

La loi en vigueur en Colombie-Britannique prescrit expressément deux périodes de gel des conditions de travail. Les dispositions pertinentes portent:

[TRADUCTION] 51. (1) Lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée, le syndicat ou la personne visée par la demande ne peut déclencher ou engager une grève, ni l'employeur déclarer un lock-out, augmenter ou diminuer les taux de rémunération, ou modifier une condition de travail des employés touchés par la demande, sans avoir préalablement obtenu la permission écrite de la commission.

61. (1) Lorsque la commission accorde au syndicat l'accréditation à titre d'agent négociateur des employés d'une unité et qu'aucune convention collective n'est en vigueur,

c) l'employeur ne peut augmenter ni diminuer le taux de rémunération d'un employé de l'unité ni modifier une autre condition de travail avant

(i) l'expiration d'une période de quatre mois suivant l'accréditation, par la Commission, du syndicat à titre d'agent négociateur de l'unité; ou

(ii) la signature d'une convention collective, selon la première de ces éventualités.

Ces dispositions accordent au syndicat une protection à un moment où celui-ci serait particulièrement vulnérable à des mesures adoptées par la direction pour l'affaiblir ou le déstabiliser. L'employeur est expressément empêché d'agir comme il lui serait autrement loisible de le faire sous réserve évidemment des dispositions du Code en matière de pratiques déloyales de travail. Le régime du Code interdit certaines lignes de conduite. La Commission a conclu que ce qui n'est pas interdit par la lettre ou l'esprit de la loi est permis. L'avocat du syndicat n'a pas réussi à me convaincre qu'il s'agit là d'un point de vue déraisonnable. Il ne fait aucun doute que le législateur aurait pu interdire à

hibited an employer from exercising this power. We were not directed to any legislation where such a prohibition, other than for a limited period of time, exists. In all these circumstances, it will be clear that I must respectfully disagree with the reasoning of the Court of Appeal.

Standing of the Industrial Relations Council

The union argued that the Industrial Relations Council, having had the opportunity in two lengthy sets of reasons to offer a rational basis for its conclusion, has no standing to make submissions before this Court in support of the reasonableness of its decision. It takes the position that while the Board could legitimately show that it had jurisdiction to embark upon the enquiry it did, a point the union concedes in any event, it cannot argue that it has not subsequently lost that jurisdiction through a patently unreasonable decision. With respect, I cannot accept this argument. In my view, the Industrial Relations Council has standing before this Court to make submissions not only explaining the record before the Court, but also to show that it had jurisdiction to embark upon the inquiry and that it has not lost that jurisdiction through a patently unreasonable interpretation of its powers.

In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, Estey J., for a unanimous Court, commented on the right of an administrative tribunal to make submissions before the Court. In that case, the *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, c. 302, s. 65, conferred on the Public Utilities Board a specific right to be heard on the argument of any appeal from its decisions, but by implication in s. 63(2), it was precluded from bringing an appeal. In these circumstances, Estey J. stated at pp. 708-9:

The Board has a limited status before the Court, and may not be considered as a party, in the full sense of that term, to an appeal from its own decisions. In my view, this limitation is entirely proper. This limitation was no doubt consciously imposed by the Legislature in

l'employeur l'exercice de ce pouvoir. Or, on ne nous a présenté aucune loi prévoyant une telle interdiction, si ce n'est pour une période limitée. Compte tenu de toutes ces circonstances, je ne puis qu'exprimer respectueusement mon désaccord avec le raisonnement de la Cour d'appel.

L'Industrial Relations Council a-t-il qualité pour agir?

Le syndicat a prétendu que parce que l'Industrial Relations Council («le Conseil») a eu la possibilité, dans deux longs exposés de ses motifs, de donner un fondement rationnel à sa conclusion, il n'a pas qualité pour présenter devant notre Cour des arguments à l'appui du caractère raisonnable de sa décision. Le syndicat fait valoir que si la Commission pouvait légitimement démontrer qu'elle avait compétence pour ouvrir l'enquête qu'elle a ouverte, ce qu'il concède de toute façon, elle ne peut faire valoir qu'elle n'a pas subséquentement perdu cette compétence en rendant une décision manifestement déraisonnable. En toute déférence, je ne puis accepter cet argument. À mon avis, le Conseil a qualité pour agir devant notre Cour afin d'y présenter des arguments non seulement pour lui expliquer le dossier dont elle est saisie, mais également pour montrer qu'il avait compétence pour ouvrir l'enquête et qu'il n'a pas perdu cette compétence en raison d'une interprétation manifestement déraisonnable de ses pouvoirs.

Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, a fait des observations sur le droit d'un tribunal administratif de présenter des arguments devant la Cour. Dans cette affaire, la *Public Utilities Board Act*, R.S.A. 1970, chap. 302, art. 65, conférait à la Public Utilities Board le droit spécifique d'être entendue au cours de tout appel interjeté contre ses décisions; toutefois, par l'effet implicite du par. 63(2), la Commission ne pouvait interjeter appel. Compte tenu de ces circonstances, le juge Estey déclare ce qui suit, aux pp. 708 et 709:

La Commission a un rôle limité devant la Cour et elle ne peut pas être considérée comme une partie, au sens plein du terme, dans les procédures d'appel de ses propres décisions. J'estime cette restriction tout à fait justifiée. Le législateur l'a sans aucun doute consciemment impo-

order to avoid placing an unfair burden on an appellant who, in the nature of things, must on another day and in another cause again submit itself to the rate fixing activities of the Board. It also recognizes the universal human frailties which are revealed when persons or organizations are placed in such adversarial positions.

In that case, the Board had presented "detailed and elaborate arguments" in support of the merits of its decision. Estey J., at p. 709, commented:

Such active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties. The Board is given a clear opportunity to make its point in its reasons for its decision, and it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself in the first instance.

In these circumstances, the tribunal is limited to an explanatory role and "to the issue of its jurisdiction to make the order in question".

Estey J. then, however, limited the meaning of jurisdiction so as not to "include the transgression of the authority of a tribunal by its failure to adhere to the rules of natural justice". He continued (p. 710):

In such an issue, when it is joined by a party to proceedings before that tribunal in a review process, it is the tribunal which finds itself under examination. To allow an administrative board the opportunity to justify its action and indeed to vindicate itself would produce a spectacle not ordinarily contemplated in our judicial traditions.

At first sight, this may seem to conflict with Lamer J.'s comments in *Bibeault v. McCaffrey*, [1984] 1 S.C.R. 176, at p. 191, that:

... an infringement of the *audi alteram partem* rule in the case at bar postulates a patently unreasonable interpretation of s. 32 L.C. Such an interpretation by the commissioners, the judge or the Labour Court would in itself be an excess of jurisdiction of the kind recognized

sée dans le but d'éviter de mettre un fardeau injuste sur les épaules d'un appelant qui, par la nature des choses, devra éventuellement retourner devant la Commission et se soumettre de nouveau à ses procédures de détermination des tarifs. Cette restriction offre également une protection contre les défaillances humaines qui entrent en jeu lorsque des personnes ou des organismes se retrouvent ainsi en situation de conflit.

Dans cette affaire, la Commission avait présenté «une argumentation détaillée et approfondie» à l'appui du bien-fondé de sa décision. Le juge Estey fait observer ceci, à la p. 709:

Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s'expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu'elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance.

Dans ces circonstances, le rôle du tribunal administratif se limite à la présentation d'explications et «à la seule question de la compétence pour rendre l'ordonnance contestée».

Le juge Estey a toutefois limité le sens de la notion de compétence en précisant que celle-ci «n'inclut pas la transgression du pouvoir d'un tribunal par l'inobservation des règles de justice naturelle». Il ajoute, à la p. 710:

Dans un tel cas, lorsqu'une partie aux procédures devant ce tribunal est également partie aux procédures de révision, c'est le tribunal lui-même qui fait l'objet de l'examen. Accorder au tribunal administratif la possibilité de défendre sa conduite et en fait de se justifier donnerait lieu à un spectacle auquel nos traditions judiciaires ne nous ont pas habitués.

À première vue, ce passage peut sembler contraire aux observations du juge Lamer dans l'arrêt *Bibeault c. McCaffrey*, [1984] 1 R.C.S. 176, à la p. 191:

... une contravention à la règle *audi alteram partem* postule en l'espèce une interprétation manifestement déraisonnable de l'art. 32 C.T. Or, une telle interprétation, par les commissaires, le juge ou le Tribunal du travail, serait en soi un excès de juridiction de la nature

by the above-cited decisions of this Court as conferring on the [commissioners] the necessary interest (*locus standi*) to be appellants.

There is, however, no conflict between these two decisions if it is recognized that the right to be heard was, in that case, a statutory right, and the issue for decision by the Labour Commissioners was as to the scope of that right. It is not every case in which a denial of natural justice will flow from a patently unreasonable interpretation of a statute. In the latter case, however, the administrative tribunal will be able to make certain limited submissions.

In *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council* (unreported, B.C.C.A., May 24, 1988), the British Columbia Court of Appeal held that the Industrial Relations Council had the right to make the submissions that the court below had erred in substituting its judgment for that of the Industrial Relations Council, and that the court erred in finding the Council's interpretation of the Act to be patently unreasonable. In the course of his judgment, Taggart J.A. for the court made the following statement with which I am in complete agreement, at p. 13:

The traditional basis for holding that a tribunal should not appear to defend the correctness of its decision has been the feeling that it is unseemly and inappropriate for it to put itself in that position. But when the issue becomes, as it does in relation to the patently unreasonable test, whether the decision was reasonable, there is a powerful policy reason in favour of permitting the tribunal to make submissions. That is, the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area. In some cases, the parties to the dispute may not adequately place those considerations before the court, either because the parties do not perceive them or do not regard it as being in their interest to stress them.

Before this Court, the Industrial Relations Council confined its submissions to two points. It

de ceux que les décisions précitées de cette Cour reconnaissent comme conférant à ceux-ci l'intérêt voulu (*locus standi*) pour se porter appelants.

Il n'y a toutefois aucun conflit entre ces deux arrêts si l'on reconnaît que le droit d'être entendu était dans cette affaire un droit prévu par la loi et que la question soumise à la décision des commissaires avait trait à la portée de ce droit. Ce n'est pas dans tous les cas qu'un déni de justice naturelle découle d'une interprétation manifestement déraisonnable d'une loi. Dans ce dernier cas toutefois, le tribunal administratif peut présenter certains arguments limités.

Dans l'arrêt *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council* (inédit, C.A.C.-B., 24 mai 1988), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'Industrial Relations Council avait le droit de faire valoir que la cour d'instance inférieure avait commis une erreur en substituant son jugement à celui du Conseil et en concluant que l'interprétation donnée à la loi par le Conseil était manifestement déraisonnable. Dans les motifs du jugement qu'il a prononcés pour la cour, le juge Taggart fait la déclaration suivante, avec laquelle je suis parfaitement d'accord, à la p. 13:

[TRADUCTION] Le fondement traditionnel de la notion selon laquelle un tribunal administratif ne devrait pas comparaître pour défendre le bien-fondé de sa décision est l'impression qu'il serait malséant et déplacé pour lui de se mettre dans cette position. Mais lorsque le point en litige devient, notamment en relation avec le critère de l'interprétation manifestement déraisonnable, la question de savoir si la décision était raisonnable, il existe une raison de principe impérieuse de permettre au tribunal de présenter des arguments. En effet, le tribunal est le mieux placé pour attirer l'attention de la cour sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé. Il peut arriver, dans certains cas, que les parties au différend ne présentent pas adéquatement ces considérations à la cour, soit parce qu'elles n'en perçoivent pas l'importance, soit parce qu'elles estiment ne pas avoir intérêt à le faire.

Devant notre Cour, le Conseil a limité son argumentation à deux points. Il a tout d'abord pré-

first argued that the Court of Appeal erred in applying the wrong standard of review to the decision of the Board. It submitted that the Court of Appeal reviewed for correctness instead of for reasonableness. As I have already indicated, I agree that the Court of Appeal erred in adopting such an approach. The second branch of the Council's submissions was to show that the Board had considered each of the union's submissions before it, and had given reasoned, rational rejections to each of the arguments. The argument before us emphasized that the Council had made a careful review of the relevant authorities and had made a decision that was within its exclusive jurisdiction. At no point did it argue that the decision of the Board was correct. Rather it argued that it was a reasonable approach for the Board to adopt. The Council had standing to make all these arguments, and in doing so it did not exceed the limited role the Court allows an administrative tribunal in judicial review proceedings.

Disposition

I would allow the appeal and restore the order of the Industrial Relations Council in so far as it relates to Paccar and CAIMAW. Paccar shall have its costs, but no order as to costs is made with respect to the Industrial Relations Council.

The reasons of Lamer and Sopinka JJ. were delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by Justice Wilson, Justice La Forest, and Justice L'Heureux-Dubé, and I am in agreement with La Forest J. that the appeal must be allowed. My route in arriving at this conclusion differs in an important respect from my colleague's, and it is thus necessary for me to set out my approach to the matter.

While I agree generally with La Forest J. on the principles underlying the scope and standard of review of labour board decisions, I cannot agree that it is always necessary for the reviewing court

tendu que la Cour d'appel avait commis une erreur en appliquant la mauvaise norme de contrôle à la décision de la Commission. Il a prétendu que la Cour d'appel avait examiné la justesse de cette décision plutôt que son caractère raisonnable. Comme je l'ai déjà indiqué, je reconnais que la Cour d'appel a commis une erreur en procédant ainsi. Le deuxième volet de l'argumentation du Conseil consistait à montrer que la Commission avait étudié chacun des moyens présentés par le syndicat et qu'elle avait donné des motifs raisonnés et rationnels pour les rejeter tous. Dans l'argumentation qui nous a été soumise, on a souligné que le Conseil avait procédé à un examen attentif des décisions pertinentes et qu'il avait rendu une décision qui relevait de sa compétence exclusive. Il n'a en aucun temps prétendu que la décision de la Commission était juste. Il a plutôt prétendu qu'il s'agissait d'une façon de procéder raisonnable pour la Commission. Le Conseil avait qualité pour présenter tous ces moyens et, ce faisant, il n'a pas excédé le rôle limité que la Cour accorde à un tribunal administratif dans des procédures de contrôle judiciaire.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance de l'Industrial Relations Council en ce qui a trait à Paccar et à CAIMAW. Paccar a droit à ses dépens, mais il n'y a aucune adjudication de dépens à l'égard de l'Industrial Relations Council.

Version française des motifs des juges Lamer et Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé, et je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que le pourvoi doit être accueilli. J'arrive à cette conclusion par une démarche qui diffère sous un aspect important de celle de mon collègue, et il m'est donc nécessaire d'exposer ma conception de l'affaire.

Bien que je sois généralement d'accord avec le juge La Forest sur les principes qui sous-tendent la portée et la norme de contrôle des décisions d'une commission des relations du travail, je ne puis

to ignore its own view of the merits of the decision under review. Any adjudication upon the reasonableness of a decision must involve an evaluation of the merits. Reasonableness is not a quality that exists in isolation. When a court says that a decision under review is "reasonable" or "patently unreasonable" it is making a statement about the logical relationship between the grounds of the decision and premises thought by the court to be true. Without the reference point of an opinion (if not a conclusion) on the merits, such a relative statement cannot be made.

I share La Forest J.'s opinion of the importance of curial deference in the review of specialist tribunals' decisions. But, in my view, curial deference does not enter the picture until the court finds itself in disagreement with the tribunal. Only then is it necessary to consider whether the error (so found) is within or outside the boundaries of reasonableness. The test is, as La Forest J. points out, citing *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, a "severe test". But even here an appreciation of the merits is not irrelevant. Lamer J., speaking for himself and McIntyre J. in *Blanchard*, stated at pp. 494-95:

... though all errors do not lead to unreasonable findings, every unreasonable finding results from an error (whether of law, fact, or a combination of the two), which is unreasonable.

So long as the court is satisfied with the correctness of the tribunals' decision, any reference to reasonableness is superfluous.

Concerning the merits of the present case, I can be brief, since this ground has been substantially covered by La Forest J. in finding that the Board's decision was "not unreasonable". I am of the view that the Board's decision is consistent with the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, which expressly provides for "freezes" in employment

accepter qu'il est toujours nécessaire que le tribunal d'examen ne tienne aucun compte de sa propre opinion sur le fond de la décision faisant l'objet du contrôle. Toute décision sur le caractère raisonnable d'une décision doit comporter une appréciation du fond. Le caractère raisonnable n'existe pas dans l'absolu. Quand un tribunal judiciaire dit que la décision faisant l'objet d'un examen est «raisonnable» ou «manifestement déraisonnable», il fait une affirmation au sujet de la relation logique qui existe entre les motifs de la décision et les prémisses qu'il a estimées exactes. Sans le point de référence que constitue une opinion (sinon une conclusion) sur le fond, on ne peut faire pareille affirmation relative.

Je partage l'opinion du juge La Forest quant à l'importance que revêt la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions de tribunaux spécialisés. À mon avis cependant, la retenue judiciaire n'entre en jeu que si la cour de justice est en désaccord avec le tribunal administratif. Ce n'est qu'à ce moment-là qu'il est nécessaire de se demander si l'erreur (ainsi découverte) est raisonnable ou déraisonnable. Comme l'affirme le juge La Forest, en citant l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, le critère constitue un «test sévère». Mais même ici une appréciation du fond n'est pas sans pertinence. S'exprimant en son propre nom et en celui du juge McIntyre, le juge Lamer affirme dans l'arrêt *Blanchard*, à la p. 495:

... si toutes les erreurs n'aboutissent pas à des déterminations déraisonnables, toute détermination déraisonnable résulte d'une erreur (de droit, de fait, et d'une combinaison des deux, peu importe) qui, elle, est déraisonnable.

Du moment que la cour de justice est convaincue de la justesse de la décision du tribunal administratif, toute mention du caractère raisonnable est superflue.

Quant au fond de la présente affaire, je puis être bref puisque le juge La Forest a traité essentiellement de ce point quand il a conclu que la décision de la Commission «n'était pas déraisonnable». Je suis d'avis que la décision de la Commission est compatible avec le *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, chap. 212, qui prévoit expressément un «gel» des

conditions in some circumstances, though not those with which we are concerned here (see ss. 51 and 61). Moreover, the Board's decision is consistent with the contractual expectations of the parties, since the insertion of the termination clause would have been meaningless if the terms of the collective agreement were held to persist indefinitely, or until a new collective agreement is concluded.

The Board concluded that the duty to bargain in good faith prevented the employer from altering the terms of the collective agreement until an impasse was reached. Thereafter, the employer reverted to its right to change these terms because no collective agreement was in force, nor was the employer bound by any ordinary contract. This result is summed up in the following statement:

The B.C. Legislature has not enacted a statutory freeze covering the period after the expiry of a collective agreement, with the result that the employer's authority to make unilateral alterations to terms and conditions of employment is left limited only by his duty to bargain in good faith.

In this respect, the Board's decision accords with the rule that a legislature is presumed not to depart from the general system of the law without expressing its intention to do so: *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614.

In dealing with labour and other remedial legislation, this rule must be tempered by the rule of statutory construction that requires that such legislation be given a liberal construction. Accordingly, the legislation is not to be "whittled to a minimum" or given a narrow interpretation in the face of the expressed will of the legislature: *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] S.C.R. 282, at p. 292. The *Labour Code*, notwithstanding the use of the word, is not a code in the true civil law sense. It does not purport to totally exclude the general law. Accordingly, in respect of some matters, it is silent. This lacuna cannot be filled by any amount of liberal construction short of out-and-out judicial legislation.

conditions de travail dans certaines circonstances, bien que non dans celles dont il est question en l'espèce (voir les art. 51 et 61). En outre, la décision de la Commission est compatible avec les attentes des parties sur le plan contractuel puisque l'insertion de la clause de résiliation n'aurait eu aucun sens si on avait jugé que les conditions de la convention collective subsistaient indéfiniment ou jusqu'à la signature d'une nouvelle convention collective.

La Commission a conclu que l'obligation de négocier de bonne foi empêchait l'employeur de modifier les conditions de la convention collective à moins d'une impasse. Par la suite, l'employeur retournait à son droit de modifier ces conditions parce qu'aucune convention collective n'était en vigueur et qu'il n'était lié par aucun contrat ordinaire. Ce résultat est résumé dans l'affirmation suivante:

[TRADUCTION] L'assemblée législative de la Colombie-Britannique n'a pas adopté un gel visant la période qui suit l'expiration d'une convention collective, de sorte que le pouvoir de l'employeur de modifier unilatéralement les conditions de travail n'est limité que par son obligation de négocier de bonne foi.

À cet égard, la décision de la Commission est conforme à la règle selon laquelle on doit présumer que le législateur s'écarte du régime général de la loi que s'il a exprimé son intention de le faire: *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. v. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614.

Quand il est question d'une loi en matière de travail ou d'une autre mesure législative réparatrice, cette règle doit être adoucie par la règle d'interprétation législative qui exige que cette mesure législative reçoive une interprétation libérale. Par conséquent, la mesure législative ne doit pas être [TRADUCTION] «réduite au minimum» ni recevoir une interprétation stricte face à la volonté exprimée par le législateur: *Bakery and Confectionery Workers International Union of America, Local No. 468 v. White Lunch Ltd.*, [1966] R.C.S. 282, à la p. 292. Le *Labour Code*, malgré l'emploi de ce terme, n'est pas un véritable code au sens du droit civil. Il n'a pas pour objet d'exclure totalement le droit général. Par conséquent, il est silencieux à l'égard de certains sujets. Cette lacune ne

Rather, the general law applies to fill the void. In common law jurisdictions, this is the common law. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 589, McIntyre J. stated:

I am aware that the labour relations of the appellants are governed by the *Canada Labour Code*. However, since the *Canada Labour Code* is silent on the question of picketing, the common law applies, in this case the common law of British Columbia . . .

The effect of the Board's decision is that, while the springing up of individual contracts of employment on the expiry of the collective agreement would be inconsistent with the statutory scheme of collective bargaining, the right of the employer to change the terms and conditions of employment in the absence of any agreement, collective or otherwise, is not. This result conforms with the principles referred to above and is the correct result. It is, therefore, not necessary to consider whether the decision was reasonable, or, much less, patently unreasonable.

I would therefore dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of both Justice La Forest and Justice L'Heureux-Dubé and, while I agree with the result arrived at by L'Heureux-Dubé J., I reach it by somewhat different reasons.

I am in agreement with my colleague, La Forest J., as to the broad scope of the principle of curial deference to the decisions of administrative tribunals such as labour relations boards because of their special expertise. I also agree with him that s. 27 of the *Labour Code* of British Columbia is not, as such, "a jurisdiction limiting provision upon the interpretation of which the Board cannot err without being subject to judicial review". I do believe, however, that a decision of the Board which meets what La Forest J. calls the "severe test" of being "patently unreasonable" is not protected by the principle of curial deference. The principle does

saurait être comblée par une interprétation libérale sans que cela constitue du droit prétorien outrancier. C'est plutôt le droit général qui s'applique pour combler le vide. Dans les ressorts de *common law*, c'est la *common law*. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre affirme, à la p. 589:

Je suis conscient que les relations de travail des appelants sont régies par le *Code canadien du travail* dans la mesure où il s'applique. Toutefois, vu le silence du *Code canadien du travail* sur la question du piquetage, c'est la *common law* qui s'applique—en l'occurrence celle de la Colombie-Britannique . . .

La décision de la Commission a pour effet que, bien que l'émergence des contrats individuels de travail à l'expiration de la convention collective soit incompatible avec le régime de négociation collective établi par la Loi, ce n'est pas le cas du droit de l'employeur de modifier les conditions de travail en l'absence de toute convention, collective ou autre. Ce résultat est conforme aux principes déjà mentionnés et c'est le bon résultat. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision est raisonnable, ou, encore moins, si elle est manifestement déraisonnable.

Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et L'Heureux-Dubé. Je souscris au résultat auquel le juge L'Heureux-Dubé arrive, bien que ce soit pour des motifs quelque peu différents.

Je suis d'accord avec mon collègue le juge La Forest quant à la portée générale du principe de la retenue judiciaire applicable aux décisions de tribunaux administratifs comme les commissions des relations du travail, en raison de leurs compétences particulières. Je suis également d'accord avec lui pour dire que l'art. 27 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique n'est pas comme tel «une disposition limitative de compétence à l'égard de laquelle la Commission ne peut commettre d'erreur d'interprétation sans donner ouverture au contrôle judiciaire». Cependant, j'estime qu'une décision de la Commission satisfaisant à ce que le

have its own built-in limitation. The question before us therefore is whether the Board's decision to the effect that an employer can, while employer and employees are, so to speak, between collective agreements, unilaterally impose terms or conditions of employment on the employees is "patently unreasonable" so as to constitute jurisdictional error or is, at most, an error of law made by the Board within its jurisdiction.

It is my view that the test of patent unreasonableness is met in this case and I say that while fully recognizing that the Board's initial jurisdiction to deal with the question is not in issue. Accordingly, if it were simply a question of whether the Board's interpretation of the Code was the correct one, or even whether it was a reasonable one, there would be no issue for the courts. In such circumstances the principle of curial deference would require that the Board's decision be respected. But the courts must not defer to decisions that are patently unreasonable. Such decisions cannot be passed off as the product of special expertise or, as the appellant submits, "policy choices" which are not subject to review by the courts. They can only be treated as decisions which the Board had no jurisdiction to make.

I accept, of course, that when we postulate the test of patent unreasonableness we are attempting to assess the reasonableness of the Board's decision, not in terms of the reasonable man or reasonable member of the general public, but in terms of the reasonable Board. This must be so if we are to allow for the fact that the Board is deemed to have special expertise. A patently unreasonable decision is accordingly one which no reasonable Board applying its expertise could possibly have arrived at.

juge La Forest appelle le «test sévère» du caractère «manifestement déraisonnable» n'est pas protégée par le principe de la retenue judiciaire, lequel comporte ses propres limites. Par conséquent, la question dont nous sommes saisis en l'espèce est de savoir si la décision de la Commission portant que l'employeur peut imposer unilatéralement à ses employés des conditions de travail, lorsque lui-même et ses employés se trouvent, pour ainsi dire, entre deux conventions collectives, est une décision «manifestement déraisonnable» emportant erreur de compétence ou si elle n'est, tout au plus, qu'une erreur de droit commise par la Commission dans l'exercice de sa compétence.

Je suis d'avis que le critère du caractère manifestement déraisonnable est rempli en l'espèce, tout en reconnaissant pleinement que la compétence initiale de la Commission pour connaître de la question n'est pas en cause. Par conséquent, s'il s'agissait simplement de décider du caractère juste, voire raisonnable, de l'interprétation donnée au Code par la Commission, il n'appartiendrait pas aux cours de justice de se prononcer. Dans les circonstances, le principe de la retenue judiciaire exigerait qu'on respecte la décision de la Commission. Mais les tribunaux ne sauraient faire preuve de retenue à l'égard de décisions manifestement déraisonnables. Pareilles décisions ne sauraient être considérées comme résultant de l'exercice de compétences particulières ou comme, selon ce que prétend l'appellant, des «choix de politique» non susceptibles de contrôle par les tribunaux. On ne peut les traiter que comme des décisions que la Commission n'avait pas compétence pour rendre.

Je conviens, naturellement, que postuler l'application du critère du caractère manifestement déraisonnable revient à tenter d'évaluer le caractère raisonnable de la décision de la Commission, non pas suivant la norme de la personne raisonnable ou du citoyen raisonnable en général, mais selon celle d'une commission raisonnable. Il doit en être ainsi si nous devons admettre que la Commission est réputée avoir des compétences particulières. Une décision manifestement déraisonnable est donc une décision à laquelle n'aurait jamais pu arriver une commission raisonnable dans l'exercice de ses compétences particulières.

My colleague, La Forest J., suggests that the test the courts should apply in determining whether a decision is patently unreasonable is whether there is a rational basis for it. If there is no rational basis for it, then, in his view, it is patently unreasonable. But if there is a rational basis for it, then the courts must defer to the decision. It is sufficient, my colleague says, that the Board's decision is "rationally defensible".

I am not sure how helpful it is to substitute one adjectival phrase for another and define patent unreasonableness in terms of rational indefensibility. It seems to me that this simply injects one more opportunity for ambiguity into a test which is already fraught with ambiguity. There is, it seems to me, a good argument to be made that "rational indefensibility" is an even stricter test than "patent unreasonableness". Be that as it may, both tests pose problems for the courts which, as my colleague points out, are to be viewed as lacking the special expertise required for the resolution of labour disputes which specialized labour boards enjoy.

If the resolution of the problem involves the application of the tribunal's special expertise, can a court be heard to say that the tribunal's decision was "patently unreasonable"? In this case, for example, would it be open to the Board to say: we know from experience in dealing with these matters that, strange as it may seem to the untrained person, the unilateral imposition of terms by an employer helps to promote settlement and secure industrial peace. Or would a complete answer to that be: maybe so, but that is not the right way to achieve that result: bringing economic pressure to bear on the employees during the bargaining process may achieve that result, but it is not conducive to harmonious relations between employers and employees and, indeed, is antithetical to the collective bargaining process which the legislature has obviously concluded is the highest and best means of achieving that result. In other words, does describing a Board's decision as a "policy choice" insulate it from review if the policy on

Mon collègue le juge La Forest laisse entendre que le critère que les tribunaux devraient appliquer pour déterminer si une décision est manifestement déraisonnable est celui du fondement rationnel. À son avis, si la décision ne repose sur aucun fondement rationnel, elle est manifestement déraisonnable. Mais si elle repose sur un tel fondement, alors les tribunaux devraient s'abstenir d'intervenir. Il suffit, pour reprendre les mots de mon collègue, que la décision de la Commission puisse «se défendre sur le plan rationnel».

Je ne vois pas vraiment l'utilité de substituer une expression à une autre et de définir ce qui est manifestement déraisonnable par ce qui est rationnellement indéfendable. À mon avis, cela ne fait qu'ajouter une source d'ambiguïté à un critère déjà très ambigu. Il me semble même fort possible de soutenir que le critère du «rationnellement indéfendable» est encore plus strict que celui du caractère «manifestement déraisonnable». Quoi qu'il en soit, l'application de ces deux critères pose des difficultés pour les tribunaux qui, comme le souligne mon collègue, ne doivent pas être considérés comme ayant les compétences particulières dont jouissent les commissions spécialisées dans le règlement des conflits de travail.

Si la résolution du problème comporte le recours aux compétences particulières d'un tribunal administratif, une cour de justice est-elle en mesure d'affirmer que la décision de ce tribunal est «manifestement déraisonnable»? En l'espèce par exemple, on peut se demander s'il serait loisible à la Commission de faire l'affirmation suivante: d'après notre expérience en la matière et aussi étrange que cela puisse sembler aux profanes, nous savons que l'imposition unilatérale de conditions par un employeur favorise un règlement et permet d'assurer la paix industrielle. Par contre, une réponse complète à cette prétention serait-elle: c'est possible, mais ce n'est pas la bonne façon d'y parvenir; en effet, il se peut que l'exercice de pressions économiques sur les employés pendant le processus de négociation conduise effectivement au résultat escompté, mais cette pratique n'est guère propice au développement de relations employeur-employé harmonieuses et, de fait, elle constitue l'antithèse même du processus de négociation col-

which the choice is based is inconsistent with the policy of the legislation under which it purports to have been made? I do not believe so. A policy choice is only truly a policy choice if the choice is made between policies which are equally consistent with and supportable by the legislation. Is that the case here?

It seems to me that the key to the problem lies in the fundamental obligation of employer and union to bargain in good faith towards a new collective agreement once the earlier agreement has been properly terminated. I do not see how an employer can be bargaining in good faith towards a new collective agreement while at the same time unilaterally imposing detrimental terms upon the employees which he knows have already been rejected. (By detrimental terms I mean terms less beneficial to the employees than the terms in the earlier agreement.) I agree with the British Columbia Court of Appeal ((1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80) that where the employer continues to employ the employees and the employees continue to work for the employer after the earlier agreement has been terminated, the terms and conditions of employment should be deemed to be the same terms and conditions as those in the earlier agreement until such time as new terms result from the process of bargaining in good faith. This must be so if good faith bargaining between employer and union is to have any opportunity to work. If, however, the parties cannot agree on new terms then, subject to the further requirements of the Code, the parties have their rights of lock-out and strike. But it seems to me that to interpret the Code (where the Code is silent on the subject) as permitting the employer to unilaterally impose new terms on the employees in the interval is to allow the employer to effectively bring the good faith bargaining period to an end. It is to say that the employer may decide when an impasse has been reached, when the time has come that further bargaining is useless because he, the employer, is

lective que le législateur considère manifestement comme le premier et le meilleur moyen d'atteindre ce résultat. En d'autres termes, met-on une décision de la Commission à l'abri de tout contrôle en la qualifiant de «choix de politique», si la politique sur laquelle le choix est fondé est incompatible avec l'esprit de la loi en vertu de laquelle il est censé avoir été fait? Je ne le crois pas. Un choix de politique n'est véritablement un choix de politique que s'il est fait entre des politiques qui sont également compatibles avec le texte législatif en question et qui y trouvent le même fondement. En est-il ainsi en l'espèce?

Il me semble que la clé du problème réside dans l'obligation fondamentale de l'employeur et du syndicat de négocier de bonne foi, à l'expiration normale de la convention collective, en vue de conclure une nouvelle convention. Je ne puis voir comment un employeur peut négocier de bonne foi en vue de conclure une nouvelle convention collective et, en même temps, imposer unilatéralement à ses employés des conditions qui leur sont préjudiciables et qu'ils ont, à sa connaissance, déjà rejetées. (Par conditions préjudiciables, j'entends des conditions moins avantageuses pour les employés que celles contenues dans la convention précédente.) Je suis d'accord avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1986), 7 B.C.L.R. (2d) 80) pour dire que lorsqu'après l'expiration de la convention collective, l'employeur continue de recourir aux services de ses employés et que les employés continuent de travailler pour l'employeur, les conditions de travail devraient être réputées les mêmes qu'en vertu de la convention précédente jusqu'à ce que de nouvelles conditions résultent du processus de négociation mené de bonne foi. Il doit en être ainsi si l'on veut donner quelque chance de succès à la négociation de bonne foi entre l'employeur et le syndicat. Toutefois, si jamais les parties ne peuvent s'entendre sur de nouvelles conditions, elles peuvent alors, sous réserve des exigences du Code, exercer leurs droits à la grève ou au lock-out. Mais il me semble qu'interpréter le Code (qui est silencieux à cet égard) comme permettant à l'employeur d'imposer unilatéralement dans l'intervalle de nouvelles conditions aux employés, serait donner à l'employeur la permission de mettre effectivement un terme à

not prepared to move from his position, and that, having so decided, he may then proceed unilaterally to impose new terms even if those terms were the very ones which brought about the impasse. Compromise, which is the accepted means of ensuring the ongoing nature of the good faith bargaining process, is thus declared by the employer to be at an end and the employees are confronted with the option of living with the employer's new terms until the union is in a strike position or leaving their employ and trying to find work elsewhere.

Why, one might ask, should an employer be able to destroy in this way the freedom and equality of bargaining power both parties must have at the bargaining table? Why should he have this new power? It seems to me obvious that to permit the employer to decide when an impasse in the collective bargaining process has been reached and then give him the power to impose new terms unilaterally on his employees will do nothing to promote the collective bargaining process which is the legislatively accredited means of achieving collective agreements and industrial peace. As the British Columbia Court of Appeal pointed out at p. 85:

The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action.

Must we conclude that in the absence of a specific provision in the Code the employer is free to do anything which he is not specifically prohibited from doing? This seems to be the underlying premise of the appellant's position. Nothing in the Code, they say, prevents the employer from unilaterally imposing new terms. Or do we in filling the legislative vacuum take guidance from the legislative scheme? It seems to me that the latter must be the proper course. I would respectfully adopt the following comment from the majority reasons of Professor Bora Laskin (as he then was) in *Re*

la période de négociation de bonne foi. Cela reviendrait à dire qu'il lui est loisible de déterminer le moment où il y a impasse et où il devient inutile de poursuivre les négociations parce que lui, l'employeur, n'est pas disposé à modifier sa position, et qu'ayant pris cette décision il peut alors procéder à l'imposition unilatérale de nouvelles conditions, même si ce sont ces mêmes conditions qui sont à l'origine de l'impasse. L'employeur décrète ainsi la fin du compromis qui est pourtant le moyen reconnu d'assurer la continuité du processus de négociation de bonne foi, et les employés sont confrontés au choix d'accepter les nouvelles conditions de l'employeur jusqu'à ce que le syndicat ait acquis le droit de grève, ou de quitter leur emploi pour tenter de trouver du travail ailleurs.

Pourquoi, pourrait-on se demander, l'employeur devrait-il être ainsi en mesure de supprimer la liberté et l'égalité du pouvoir de négociation dont les deux parties doivent jouir à la table de négociation? Pourquoi devrait-il avoir ce nouveau pouvoir? Il me semble évident que permettre à l'employeur de déterminer à quel moment il y a impasse dans le processus de négociation collective, pour ensuite lui donner le pouvoir d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions à ses employés, ne facilite en rien le processus de négociation collective qui constitue le moyen légalement reconnu de parvenir à la conclusion de conventions collectives et d'assurer la paix industrielle. Comme le souligne la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la p. 85:

[TRADUCTION] Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale.

Faut-il conclure qu'en l'absence d'une disposition expresse du Code, l'employeur est libre de faire tout ce qui ne lui est pas interdit expressément de faire? C'est là, semble-t-il, la prémisse qui sous-tend la position de l'appelante. Rien dans le Code, affirme-t-elle, n'empêche l'employeur d'imposer unilatéralement de nouvelles conditions. Faut-il plutôt, en comblant ce vide juridique, nous inspirer de l'économie de la loi? Je crois que cette deuxième solution est celle qu'il nous faut adopter. En toute déférence, je souscris au passage suivant tiré des commentaires du professeur Bora Laskin

Peterboro Lock Mfg. Co. (1954), 4 L.A.C. 1499, at p. 1502:

In this Board's view, it is a very superficial generalization to contend that a Collective Agreement must be read as limiting an employer's pre-collective bargaining prerogatives only to the extent expressly stipulated. Such a generalization ignores completely the climate of employer-employee relations under a Collective Agreement. The change from individual to Collective Bargaining is a change in kind and not merely a difference in degree. The introduction of a Collective Bargaining regime involves the acceptance by the parties of assumptions which are entirely alien to an era of individual bargaining. Hence, any attempt to measure rights and duties in employer-employee relations by reference to pre-collective bargaining standards is an attempt to re-enter a world which has ceased to exist.

I cannot believe that the legislature intended in the circumstances before us to return the parties to pre-collective bargaining standards, particularly if there is another interpretation of the Code which does not give one of the negotiating parties the power to alter dramatically the balance of bargaining power between them in his own favour and which also has the very significant advantage of endorsing rather than undermining the collective bargaining process. That interpretation is, of course, to permit the same terms and conditions which were the product of the earlier bargaining process to apply in the event of an impasse until such time as the parties are in a strike/lock-out position.

It is true that this solution will probably benefit the union. It must be assumed that where the employer terminates the earlier agreement it is because circumstances have changed and he considers it no longer to his advantage to have that agreement continue in effect. The important point, however, is that an interpretation of the Code which supports this solution does not interfere with the balance of bargaining power between the parties. It does not create a new power in the union. It does not undermine the collective bargaining process. It does not compel the parties to "re-enter a

(plus tard Juge en chef du Canada) s'exprimant au nom de la majorité dans *Re Peterboro Lock Mfg. Co.* (1954), 4 L.A.C. 1499, à la p. 1502:

[TRADUCTION] De l'avis de cette Commission, c'est se livrer à une généralisation très superficielle que de prétendre qu'il faut considérer qu'une convention collective ne limite les prérogatives dont jouissait l'employeur avant les négociations collectives que dans la mesure expressément stipulée. Cette généralisation fait complètement abstraction du climat des relations employeur-employé instauré par une convention collective. Passer de la négociation individuelle à la négociation collective entraîne non pas simplement une différence de degré mais un changement de nature. L'introduction d'un régime de négociation collective comporte l'acceptation par les parties d'hypothèses qui n'ont absolument rien à voir avec une ère de négociation individuelle. Aussi, toute tentative de mesurer les droits et obligations que comportent les relations employeur-employé en fonction de normes antérieures aux négociations collectives équivaut à essayer de revenir dans un monde qui a cessé d'exister.

Je ne puis croire que le législateur a voulu, dans les circonstances de la présente affaire, obliger les parties à revenir aux normes antérieures aux négociations collectives, particulièrement s'il est possible de donner au Code une autre interprétation qui ne confère pas à l'une des parties le pouvoir de modifier dramatiquement en sa faveur l'équilibre des pouvoirs de négociation, et qui a pour avantage très appréciable de sanctionner le processus de négociation collective plutôt que de le miner. Cette interprétation, bien sûr, porte qu'en cas d'impasse les conditions résultant du processus antérieur de négociation continuent de s'appliquer jusqu'à ce que les parties aient acquis le droit à la grève ou au lock-out.

Il est vrai que cette solution profitera probablement au syndicat. Il faut présumer que si l'employeur met fin à la convention antérieure, c'est qu'il considère qu'elle n'est plus à son avantage en raison d'un changement de circonstances. L'important, toutefois, c'est qu'une interprétation du Code qui appuie cette solution ne modifie pas l'équilibre du pouvoir de négociation entre les parties. Cette interprétation ne confère pas un nouveau pouvoir au syndicat. Elle ne mine pas le processus de négociation collective. Elle ne contraint pas les parties à «revenir dans un monde qui a cessé

1989 CanLII 49 (SCC)

world which has ceased to exist". I cannot agree with La Forest J., therefore, that one interpretation of the Code is as reasonable as the other, that it is a matter of choosing between equally viable "policy choices". Far from it. One is completely consistent with the concept of freedom and equality of bargaining power between the parties and the paramount role of the collective bargaining process in labour dispute resolution. The other is completely inconsistent with and inimical to both. It is on that basis that I would find that the decision of the Board was "patently unreasonable" and constituted jurisdictional error.

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—Having carefully considered the opinion of my colleague Justice La Forest, I agree with him that the Labour Relations Board of British Columbia had standing to make arguments relative to the applicable standard of review as well as to the steps it followed in reaching the decision now being challenged. With great respect, however, I must differ from his conclusion that the Board committed no jurisdictional error when it stated that an employer may unilaterally impose the terms of employment upon the termination of the collective agreement, subject only to the obligation to bargain in good faith.

As noted by La Forest J., the British Columbia *Labour Code* specifically prevents an employer from altering the terms of employment where an application for certification is pending (s. 51) and, upon certification, either for a period of four months or until the execution of a collective agreement, whichever comes first (s. 61). However, the Code provides for no statutory freeze of working conditions following the termination of a collective agreement, nor are there any applicable policy guidelines previously issued by the Board in this respect. In both the initial CAIMAW application, as well as in the subsequent CAIMAW/IBEW re-hearing, the Board accordingly proceeded on the basis of its general statutory jurisdiction to

d'exister». Je ne puis, par conséquent, partager l'opinion du juge La Forest qui estime qu'une interprétation du Code est aussi raisonnable qu'une autre et qu'il s'agit d'une question d'option entre des «choix de politique» également viables. Tout au contraire. L'une est tout à fait compatible avec le concept de la liberté et de l'égalité du pouvoir de négociation entre les parties et avec le rôle primordial que joue le processus de négociation collective dans le règlement des conflits de travail, tandis que l'autre leur est tout à fait opposée et défavorable. Voilà pourquoi j'estime que la décision de la Commission était «manifestement déraisonnable» et constituait une erreur de compétence.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Après avoir considéré attentivement l'opinion de mon collègue le juge La Forest, je conviens avec lui que la Labour Relations Board of British Columbia («la Commission») a qualité pour soutenir la norme de contrôle applicable et les étapes de sa décision ici contestée. En tout déference toutefois, je ne saurais me rallier à sa conclusion que la Commission n'a pas commis d'erreur de compétence en déclarant qu'un employeur peut imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de son obligation de négocier de bonne foi.

Comme l'a souligné le juge La Forest, le *Labour Code* de la Colombie-Britannique («le Code») interdit spécifiquement à un employeur de modifier les conditions de travail lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée (art. 51) et, une fois l'accréditation accordée, pendant une période de quatre mois ou aussi longtemps qu'une convention collective n'a pas été signée, selon la première de ces éventualités (art. 61). Le Code ne prévoit toutefois aucun gel des conditions de travail après l'expiration d'une convention collective, et la Commission n'avait émis aucun énoncé de politique applicable à cet égard. Lorsqu'elle a été saisie de la demande initiale de CAIMAW, puis lors de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE, la Commis-

decide "any question as to whether . . . a collective agreement is in full force and effect" pursuant to s. 34(1)(g) of the *Labour Code*. At the hearing before this Court, respondent properly conceded that the Board was initially empowered to embark upon this specific inquiry. However, it must be determined whether in carrying out this inquiry the Board exceeded its jurisdiction. To this end it is necessary to examine s. 27 of the British Columbia *Labour Code* which expresses the fundamental objectives of the legislation.

I

The Fundamental Objectives of the *Labour Code*

In 1973 a general purposes and objects clause appeared for the first time in the *Labour Code*. The clause then read as follows:

27. (1) The board may exercise the powers and shall perform the duties conferred or imposed upon it under this Act with the object of securing and maintaining industrial peace and promoting conditions favorable to settlement of disputes, and, for this purpose, the board may from time to time formulate general policies not contrary to this Act for the guidance of the general public and the board; but the board is not bound thereby in the exercise of its powers or the performance of its duties. [Emphasis added.]

This disposition was amended by the *Labour Code Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, c. 72 and thereafter provided:

27. (1) The board, having regard to the public interest as well as the respective rights and obligations of parties before it, may exercise its powers and shall perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to develop effective industrial relations in the interest of achieving or maintaining good working conditions and the well-being of the public, and for those purposes, the board shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace, and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade-unions as the freely chosen representatives of employees;

sion s'est donc fondée sur sa compétence générale pour trancher [TRADUCTION] «la question de savoir [...] si une convention collective est en vigueur» aux termes de l'al. 34(1)g) du *Labour Code*. À l'audience devant notre Cour, l'intimée a reconnu à juste titre que la Commission avait juridiction pour procéder à cette enquête spécifique. La question, toutefois, est de décider si, au cours de cette enquête, la Commission a excédé sa compétence. À cette fin, il est nécessaire d'examiner l'art. 27 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique qui énonce les objectifs fondamentaux de la Loi.

I

Les objectifs fondamentaux du *Labour Code*

C'est en 1973 qu'apparaît pour la première fois dans le *Labour Code* une disposition énonçant les objectifs généraux de la Loi qui se lisait:

[TRADUCTION] 27. (1) La commission peut exercer les pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribués ou imposés en vertu de la présente loi de façon à assurer et à maintenir la paix industrielle et à promouvoir des conditions favorables au règlement des différends; à cette fin, elle peut, à l'occasion, formuler des politiques générales conformes à la présente loi afin de guider le public en général et la commission; la commission n'est toutefois pas liée par celles-ci dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions. [Je souligne.]

Cette disposition a été modifiée de la façon suivante par la *Labour Code Amendment Act, 1977*, S.B.C. 1977, chap. 72:

[TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public ainsi que des droits et obligations respectifs des parties qui se présentent devant elle, la commission peut exercer ses pouvoirs et doit exercer les fonctions qui lui sont attribuées ou imposées en vertu de la présente loi de façon à instaurer des relations industrielles efficaces pour l'établissement ou le maintien de bonnes conditions de travail et le bien-être du public. À ces fins, la commission doit tenir compte des objectifs suivants:

- a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;

- (c) promoting conditions favorable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade-unions. [Emphasis added.]

This is the formulation of s. 27(1) of the *Labour Code* which applies to the present appeal. It is appropriate, however, to complete the legislative history of s. 27(1) by noting that it was once again modified in 1987 by the *Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, c. 24, s. 18 to read as follows:

27. (1) The council, having regard to the public interest as well as the rights of individuals and the rights and obligations of the parties before it and recognizing the desirability for employers and employees to achieve and maintain good working conditions, as participants in and beneficiaries of a competitive market economy, shall exercise the powers and perform the duties conferred or imposed on it under this Act so as to achieve the expeditious resolution of labour disputes, and for these purposes the council shall have regard to the following purposes and objects:

- (a) securing and maintaining industrial peace and furthering harmonious relations between employers and employees;
- (b) improving the practices and procedures of collective bargaining between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees;
- (c) promoting conditions favorable to the orderly and constructive settlement of disputes between employers and employees or their freely chosen trade unions;
- (d) encouraging the voluntary resolution of collective bargaining disputes;
- (e) minimizing the harmful effects of labour disputes on persons who are not involved in the disputes;
- (f) providing such assistance to employers and bargaining agents as may facilitate the making or renewing of collective agreements;
- (g) gathering and publishing information and statistics respecting collective bargaining in the Province.

General purpose clauses such as s. 27(1) of the *Labour Code* not only aim to provide guidance to the administrative agency; they also identify the limits of the discretion it enjoys in the exercise of its statutory powers. The role of such clauses is described by D. J. Galligan, *Discretionary Powers*:

- c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus. [Je souligne.]

^a C'est le texte du par. 27(1) du *Labour Code* qui s'applique au présent pourvoi. Il y a toutefois lieu de compléter l'historique législatif du par. 27(1) en soulignant qu'il a été modifié de nouveau en 1987 par l'*Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, chap. 24, art. 18, de manière à se lire:

^b [TRADUCTION] 27. (1) Compte tenu de l'intérêt public, des droits des personnes ainsi que des droits et obligations des parties qui se présentent devant lui, et eu égard à l'intérêt qu'ont les employeurs et les employés à établir et à maintenir de bonnes conditions de travail dans le contexte d'une économie de marchés concurrentiels où ils sont à la fois participants et bénéficiaires, le conseil doit exercer les pouvoirs et les fonctions qui lui sont attribués ou imposés en vertu de la présente loi de façon à assurer le règlement expéditif des conflits de travail. À ces fins, le conseil doit tenir compte des objectifs suivants:

- ^c a) assurer et maintenir la paix industrielle et promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés;
- ^d b) améliorer les pratiques et les procédures de négociation collective entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés;
- ^e c) promouvoir des conditions favorables au règlement ordonné et constructif des différends entre les employeurs et les employés ou leurs syndicats librement élus;
- ^f d) encourager le règlement volontaire des différends en matière de négociation collective;
- ^g e) réduire au minimum les effets préjudiciables des conflits de travail sur des tiers;
- ^h f) fournir aux employeurs et aux agents négociateurs toute aide pouvant faciliter la négociation ou le renouvellement de conventions collectives;
- ⁱ g) recueillir et publier de l'information et des statistiques portant sur les négociations collectives dans la province.

Les dispositions énonçant des objectifs généraux, comme le par. 27(1) du *Labour Code*, ne font pas que tracer une ligne de conduite à l'organisme administratif; elles fixent également les limites du pouvoir discrétionnaire dont il dispose dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la loi. Le

A Legal Study of Official Discretion (1986), as follows (at p. 109):

The legislative statement of objects and purposes is of clear and central importance in exercising delegated powers. By that means the content and scope of powers are defined, and guidance is provided to the official in making decisions; moreover, it is in terms of those objects that an assessment or evaluation of a decision is to be made.

Purposes and objects clauses find their historical roots in the common law. In *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), Lord Reid explained why the fundamental objects of the enabling legislation restrict the delegation of discretionary powers (at p. 1030):

It is implicit in the argument for the Minister that there are only two possible interpretations of this provision—either he must refer every complaint or he has an unfettered discretion to refuse to refer in any case. I do not think that [this] is right. Parliament must have conferred the discretion with the intention that it should be used to promote the policy and objects of the Act; the policy and objects of the Act must be determined by construing the Act as a whole and construction is always a matter of law for the court. In a matter of this kind it is not possible to draw a hard and fast line, but if the Minister, by reason of his having misconstrued the Act or for any other reason, so uses his discretion as to thwart or run counter to the policy and objects of the Act, then our law would be very defective if persons aggrieved were not entitled to the protection of the court. [Emphasis added.]

Complying with legislative intent is as valid a policy consideration in Canada as it is in England: [TRANSLATION] "... when Parliament delegates certain powers, it intends to enable the administrative agency concerned to meet the objectives which are either expressly or implicitly written in the act" (G. Pépin and Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2nd ed. 1982), at p. 264). In the well-known case of *Roncarelli v.*

rôle de ces dispositions est décrit ainsi par D. J. Galligan dans son ouvrage *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (1986), à la p. 109:

^a [TRANSLATION] La formulation législative des objectifs revêt une importance capitale manifeste dans l'exercice des pouvoirs délégués. C'est par ce moyen que le contenu et la portée des pouvoirs sont définis et que des lignes directrices sont fournies au fonctionnaire responsable de la prise de décisions; de plus, c'est en fonction de ces objectifs que l'examen ou l'évaluation d'une décision doit se faire.

^b Les dispositions énonçant les politiques et objets de la loi ont leur origine historique dans la *common law*. Dans l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.), lord Reid explique, à la p. 1030, pourquoi les objectifs fondamentaux de la loi habilitante restreignent la délégation de pouvoirs discrectionnaires:

^c [TRANSLATION] Dans l'argument présenté pour le Ministre, il est implicite qu'il n'y a que deux interprétations possibles de cette disposition—soit qu'il doive renvoyer chaque plainte au comité, soit qu'il ait une discrétion absolue, dans tous les cas, de refuser de renvoyer la plainte au comité. Je ne crois pas que ce soit correct. Le Parlement a dû attribuer ce pouvoir discrétionnaire dans l'intention qu'il soit exercé pour promouvoir la politique et les objets de la Loi. La politique et les objets de la Loi doivent être déterminés en interprétant la Loi dans son ensemble et l'interprétation est toujours une question de droit pour la Cour. Dans une affaire semblable, il n'est pas possible de fixer des limites précises et inflexibles, mais si le Ministre, parce qu'il a mal interprété la Loi ou pour toute autre raison, exerce son pouvoir discrétionnaire de façon à contrecarrer la politique ou les objets de la Loi ou à aller à l'encontre de ceux-ci, alors notre droit accuserait une grave lacune si les personnes qui en subissaient des préjudices n'avaient pas droit à la protection de la Cour. [Je souligne.]

^d Le respect de l'intention du législateur est une considération de principe toute aussi valable au Canada qu'en Angleterre: "... lorsque le Parlement délègue des pouvoirs, il le fait dans l'intention de permettre aux autorités administratives concernées d'atteindre les objectifs expressément ou implicitement tracés dans la loi" (G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif* (2^e éd. 1982), à la p. 264). Dans l'arrêt célèbre

Duplessis, [1959] S.C.R. 121, Martland J. expressed views foreshadowing those later adhered to by Lord Reid (at p. 156):

... the discretionary power to cancel a permit given to the Commission by the *Alcoholic Liquor Act* must be related to the administration and enforcement of that statute. It is not proper to exercise the power of cancellation for reasons which are unrelated to the carrying into effect of the intent and purpose of the Act.

In the specific area of labour relations, it has long been recognized by this Court that the statutory imperatives of maintaining industrial peace and harmonious industrial relations are to be implied to limit the discretion conferred by the enabling legislation. In *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95, the question raised was whether a provincial labour relations board could validly decline to certify a union on the basis that the secretary-treasurer of the union was a communist and exercised a dominant influence in the union. A majority of this Court found that, while the Board enjoyed a discretion to certify, this discretion could not be exercised on the basis of matters extraneous to the underlying purposes and objectives of the Act. Speaking for three members of the majority, Rand J. said at p. 100:

I am unable to agree, then, that the Board has been empowered to act upon the view that official association with an individual holding political views considered to be dangerous by the Board proscribes a labour organization.

In Rand J.'s view, the issue was one of *vires*: the Board exceeded its powers in exercising its discretion to certify based on considerations unrelated to the fundamental purposes of the legislation. Were such a case to arise today in British Columbia, it would no doubt be dealt with similarly under s. 27(1).

In *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] S.C.R. 697, this Court

Roncarelli v. Duplessis, [1959] R.C.S. 121, le juge Martland exprime, à la p. 156, un point de vue qui laisse présager celui que devait adopter plus tard lord Reid:

^a [TRADUCTION] ... le pouvoir discrétionnaire d'annuler un permis que confère à la Commission la *Loi des liqueurs alcooliques* doit être lié à l'application et à la mise à exécution de cette loi. Il ne convient pas d'exercer le pouvoir d'annulation pour des motifs qui ne sont pas liés à la réalisation de l'intention et de l'objectif de la Loi.

Dans le domaine particulier des relations de travail, notre Cour a depuis longtemps reconnu que les objectifs impérieux de la Loi de maintenir la paix et d'assurer l'harmonie dans les relations industrielles limitent implicitement le pouvoir discrétionnaire conféré par la loi habilitante. Dans *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95, il s'agissait de déterminer si une commission provinciale des relations du travail pouvait valablement refuser d'accréditer un syndicat pour le motif que le secrétaire-trésorier de ce syndicat était communiste et qu'il exerçait une très grande influence sur celui-ci. Notre Cour a jugé, à la majorité, que même si la Commission jouissait d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'accréditation, l'exercice de ce pouvoir ne pouvait être fondé sur des questions étrangères aux objectifs fondamentaux de la Loi. S'exprimant au nom des trois juges formant la majorité, le juge Rand affirme, à la p. 100:

^g [TRADUCTION] Ainsi, je ne puis admettre que la Commission a le pouvoir de refuser l'accréditation à cause de l'association officielle du syndicat avec un individu qui a des convictions politiques jugées dangereuses par la Commission.

^h Selon le juge Rand, il s'agissait d'une question de compétence: la Commission avait excédé ses pouvoirs en fondant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière d'accréditation sur des considérations étrangères aux objectifs fondamentaux de la loi en question. Si un tel cas devait se produire aujourd'hui en Colombie-Britannique, il serait sans doute traité de la même façon sous le régime du par. 27(1).

^j Dans l'arrêt *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec*, [1967] R.C.S. 697,

was asked to determine whether s. 96 of the *British North America Act, 1867* allowed the Labour Relations Board of Quebec to validly exercise the discretion conferred by s. 50 of the provincial *Labour Relations Act*. This provision stated: "If it be proved to the Board that an association has participated in an offence against s. 20 [domination by employer], the Board may . . . decree the dissolution of such association". In deciding that the board had constitutional authority to apply s. 50, Abbott J., who delivered the opinion of the Court, wrote at pp. 701-2:

The power given to the Board under s. 50 is a limited and discretionary power. It is purely incidental to the accomplishment of one of the primary purposes for which the association was granted corporate status, namely the maintenance of industrial peace.

Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen and *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec* demonstrate that general purposes and objects clauses such as s. 27(1) of the *Labour Code* are not enacted in a juridical vacuum. Such clauses codify the common law duty to exercise delegated powers in strict accordance with the fundamental dictates of the enabling statute. In this historical context, s. 27(1) amounts to more than a simple guide to the Board; it constitutes a statutory direction to carefully consider the goal of developing effective industrial relations having regard to certain specific purposes and objects.

The Board is generally well aware of the obligation s. 27(1) imposes upon it (see, e.g., *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (S.C.), dismissing an application for judicial review from (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, itself denying a reconsideration from (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050). However, in deciding the complaints which gave rise to the present proceedings, the Board gave no consideration at all to the underlying purposes and objectives of the Code. In the initial CAIMAW application and in the joint

notre Cour a été appelée à déterminer si l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, permettait à la Commission des relations de travail du Québec d'exercer valablement le pouvoir discrétionnaire qui lui était conféré par l'art. 50 de la *Loi des relations ouvrières*. Cette disposition prévoyait que «S'il est prouvé devant la Commission qu'une association a participé à une infraction aux dispositions de l'article 20 [domination par l'employeur], la Commission peut [...] prononcer la dissolution de cette association». En concluant que la Commission avait le pouvoir constitutionnel d'appliquer l'art. 50, le juge Abbott, qui s'exprimait alors au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit, aux pp. 701 et 702:

[TRADUCTION] Le pouvoir que possède la Commission en vertu de l'art. 50 est un pouvoir limité et discrétionnaire. Il est purement accessoire à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux pour lesquels l'association a été constituée, soit le maintien de la paix industrielle.

Les arrêts *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen* et *Tremblay v. Commission des relations de travail du Québec* démontrent que des dispositions énonçant des objectifs généraux comme le par. 27(1) du Code ne sont pas édictées dans un vide juridique. Ces dispositions codifient l'obligation de *common law* d'exercer les pouvoirs délégués d'une façon qui respecte strictement les préceptes fondamentaux de la loi habilitante. Dans ce contexte historique, le par. 27(1) représente plus qu'un simple guide à l'intention de la Commission; il constitue une directive imposée par la Loi de prendre attentivement en considération le but de promouvoir des relations industrielles efficaces, compte tenu de certains objectifs précis.

La Commission est généralement très consciente de l'obligation que lui impose le par. 27(1) (voir, par exemple, *Wall and Redekop Corp. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1986), 5 B.C.L.R. (2d) 335 (C.S.), rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision rapportée à (1986), 86 C.L.L.C. ¶ 16,054, où l'on avait refusé un nouvel examen de la décision rapportée à (1985), 85 C.L.L.C. ¶ 16,050). Toutefois, en statuant sur les plaintes à l'origine du présent litige, la Commission n'a aucunement pris en considération les objectifs fondamentaux du Code.

CAIMAW/IBEW re-hearing, there was not a single reference to s. 27 of the Code. Further, there was no discussion of the public interest or the development of effective industrial relations, with the result that it cannot be presumed that the Board implicitly considered that provision.

The Board's failure to discuss the requirements of s. 27 is especially fraught with consequence since the policy decision it was called to make affects by its very nature not only the parties before it but also all other unions, employees and employers in a highly sensitive area of collective bargaining. That the Board envisaged making a policy determination which would affect unions and employers at large is illustrated by the following extract from the CAIMAW/IBEW re-hearing:

We now wish to summarize our conclusions above by describing the rights and obligations of the parties under the Labour Code after the expiry of a collective agreement.

After the expiry of the collective agreement, no unilateral alterations to terms and conditions of employment may be made by an employer unless they are done so in compliance with his duty to bargain in good faith with the union

In the period after the expiry of the collective agreement, where the employer continues to operate and the employees continue to work, it will be implied that the terms and conditions of employment for the employees will continue to be the same as those contained in the just expired collective agreement.

The general references to "an employer" leave no doubt that the Board is engaged in an attempt to fill the void in the *Labour Code* with respect to the unilateral alteration of terms after the expiration of a collective agreement. This decision constitutes a "mini-Code" on "the rights and obligations" of employers and unions at that stage. The Board's policy decision goes well beyond the specific interests of the parties before it and acquires an importance akin to the enactment of a new legislative provision. This additional significance accentuates

Dans la première demande présentée par CAIMAW ainsi que dans la nouvelle audition conjointe CAIMAW-FIOE, il n'y a pas une seule mention de l'art. 27 du Code. De plus, on n'y a pas discuté de l'intérêt public ou de l'instauration de relations industrielles efficaces, de sorte qu'on ne peut présumer que la Commission a implicitement tenu compte de cette disposition.

L'omission de la Commission de traiter des exigences de l'art. 27 est particulièrement lourde de conséquences puisque la décision de principe qu'elle était appelée à rendre touche par sa nature même non seulement les parties au différend dont elle était saisie, mais également tous les autres syndicats, employés et employeurs dans un domaine très délicat de négociation collective. Le fait que la Commission ait voulu rendre une décision de principe qui toucherait l'ensemble des syndicats et des employeurs ressort de l'extrait suivant de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE:

[TRADUCTION] Nous désirons maintenant résumer les conclusions que nous avons tirées plus haut en décrivant les droits et les obligations des parties en vertu du Labour Code après l'expiration d'une convention collective.

Une fois expirée la convention collective, aucune modification des conditions de travail ne peut être apportée par l'employeur autrement que dans le respect de l'obligation qui lui incombe de négocier de bonne foi avec le syndicat

Lorsque, dans la période suivant l'expiration de la convention collective, l'employeur continue d'exploiter son entreprise et les employés d'y travailler, on présume que les conditions de travail des employés demeurent les mêmes que celles contenues dans la convention collective qui vient d'expirer.

Les références générales à «l'employeur» montrent sans aucun doute que la Commission tente de combler le silence du *Labour Code* en ce qui a trait à la modification unilatérale des conditions de travail après l'expiration d'une convention collective. La décision constitue en quelque sorte un «mini-code» des «droits et obligations» des employeurs et des syndicats à cette étape. La décision de principe de la Commission va bien au-delà des intérêts spécifiques des parties qui sont devant elle et revêt une importance qui s'apparente

the necessity for the Board to meet head on the arguments based on the development of harmonious labour relations.

I agree with my colleague La Forest J. that courts must defer to the judgment of administrative tribunals in matters falling squarely within the area of their expertise. It is now well-established that an administrative tribunal exceeds its jurisdiction because of error only if: (1) it errs in a patently unreasonable manner in respect of a question which is within its jurisdiction; or, (2) it commits a simple error in respect of a legislative provision limiting the tribunal's powers (see *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1086). However, unlike my colleague La Forest J., I cannot accept that the Board's decision is anything but unreasonable. Here, as I said earlier, there is no indication that the Board even considered the requirements of effective industrial relations and the purposes and objects expressed in s. 27. Such an omission, in my view, played a crucial role in leading the Board astray and causing it to come to a patently unreasonable solution.

I now turn to my reasons for finding no rational basis for the Board's decision.

II

Infringement Upon the Fundamental Objectives

Collective bargaining has been entrenched in Canadian labour relations law and policy for over fifty years. It is indispensable to the development of "effective industrial relations" pursuant to s. 27. From a legislative standpoint, collective bargaining involves the recognition of three basic freedoms on the part of employees: "to form themselves into associations, to engage employers in bargaining with the associations, and to invoke meaningful economic sanctions in support of the bargaining" (A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer and W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in Canada* (2nd ed. 1986), at p. 4). The scheme postulates

à l'adoption d'une nouvelle disposition législative. Cette dimension additionnelle met l'accent sur la nécessité pour la Commission de répondre directement aux arguments fondés sur le développement de relations de travail harmonieuses.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que les cours de justice doivent s'en remettre au jugement des tribunaux administratifs dans les matières qui relèvent directement de leur champ de spécialisation. Il est maintenant bien établi qu'un tribunal administratif n'exécède sa compétence à cause d'une erreur que 1) s'il erre d'une façon manifestement déraisonnable à l'égard d'une question qui relève de sa compétence, ou 2) s'il commet une simple erreur à l'égard d'une disposition législative qui limite ses pouvoirs (voir *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1086). Toutefois, contrairement à mon collègue le juge La Forest, je ne puis me convaincre que la décision de la Commission soit autre chose que déraisonnable. Comme je l'ai déjà dit, rien n'indique que la Commission ait même tenu compte de la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces et des objectifs prévus à l'art. 27. J'estime qu'une telle omission a joué un rôle crucial en induisant en erreur la Commission et en l'amenant à adopter une solution manifestement déraisonnable.

J'aborde maintenant les motifs qui m'amènent à conclure que la décision de la Commission ne repose sur aucun fondement rationnel.

II

Le non-respect des objectifs fondamentaux

La négociation collective est consacrée dans le droit et la politique des relations du travail au Canada depuis plus de cinquante ans. C'est un élément essentiel à l'instauration de «relations industrielles efficaces» conformément à l'art. 27. Du point de vue législatif, la négociation collective suppose la reconnaissance de trois libertés fondamentales des employés: [TRADUCTION] «se regrouper en associations, amener les employeurs à négocier avec les associations et recourir à des sanctions économiques significatives à l'appui de la négociation» (A. W. R. Carrothers, E. E. Palmer et W. B. Rayner, *Collective Bargaining Law in*

that the employees' control over the supply of labour will match the employer's control over its demand, thereby fostering the proper conditions for constructive and successful negotiations. The strike and the lock-out are the principal economic sanctions which are provided for and regulated by labour legislation. These, however, are but two of a wide array of economic sanctions in the labour context.

While they may be different in accessory respects, all economic sanctions used in collective bargaining share three fundamental characteristics: they only come into play after concerted attempts at settlement; they hurt both parties economically; and they presuppose the existence of countervailing measures.

1.—*The Characteristics of Economic Sanctions*

First, all Canadian labour jurisdictions have adopted a legislative policy of postponing the exercise of the economic sanctions until all other attempts at an agreement have failed. As noted by Professors H. W. Arthurs, D. D. Carter and H. J. Glasbeek in *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2nd ed. 1984), at p. 213:

Canadian collective bargaining legislation usually requires the parties to exhaust certain dispute resolution procedures before striking or locking-out.

For instance, in British Columbia, the use of the strike and lock-out is subject to tight control by the *Labour Code* and close scrutiny on the part of the Labour Board. Under the Code, there is no right to strike or to lock-out during the term of the collective agreement. These rights only arise upon the termination of the agreement, after the parties have "bargained collectively about the dispute which is the cause or occasion of the strike or lock-out and failed to conclude a collective agreement" (s. 80). In the case of the strike, there is the further requirement of holding a vote "by secret

Canada (2^e éd. 1986), à la p. 4). Ce régime suppose que le contrôle exercé par les employés sur la disponibilité de la main-d'œuvre correspond au contrôle de l'employeur sur la demande de main-d'œuvre, ce qui favorise l'existence de conditions propices à des négociations constructives et fructueuses. La grève et le lock-out sont les principales sanctions économiques prévues et réglementées par les lois en matière de travail. Ils ne constituent toutefois que deux parmi toute une gamme de sanctions économiques en matière de relations ouvrières.

Même si elles peuvent différer sous certains aspects secondaires, toutes les sanctions économiques utilisées dans la négociation collective ont en commun trois caractéristiques fondamentales: elles n'entrent en jeu qu'après des tentatives concertées de règlement, elles causent un préjudice économique aux deux parties et elles supposent l'existence de mesures compensatrices.

1.—*Les caractéristiques des sanctions économiques*

En premier lieu, toutes les juridictions canadiennes en matière de travail ont adopté comme politique législative de reporter le recours aux sanctions économiques jusqu'à ce que toutes les autres tentatives d'en arriver à une entente aient échoué. Comme l'ont souligné les professeurs H. W. Arthurs, D. D. Carter et H. J. Glasbeek dans *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (2^e éd. 1984), à la p. 213:

[TRADUCTION] Le droit canadien en matière de négociation collective oblige habituellement les parties à épuiser certaines procédures de règlement des conflits avant de recourir à la grève ou au lock-out.

En Colombie-Britannique par exemple, le recours à la grève ou au lock-out est assujéti à un contrôle rigoureux en vertu du *Labour Code* et à un examen minutieux de la part de la Commission. En vertu du Code, il n'existe aucun droit de faire la grève ou de décréter le lock-out pendant la durée de la convention collective. Ces droits ne prennent naissance qu'à l'expiration de la convention, quand les parties ont [TRADUCTION] «négocié collectivement au sujet du différend qui est à l'origine de la grève ou du lock-out, sans réussir à conclure une convention collective» (art. 80). En ce

ballot and in accordance with the regulations, of the employees in the unit affected, as to whether to strike" in which a "majority of those employees who vote have voted for a strike" (s. 81). Where the vote favours a strike, the right to strike may only be exercised within three months following the vote (s. 81(3)(a)), and after 72 hours have elapsed following written notice given by the trade union that the employees are going to strike (s. 81(3)(b)(i) and (ii)). Where a mediation officer has been appointed, a further delay may be necessary to allow for the officer's report to be made to the Minister (s. 81(3)(b)(iii)).

In deferring the use of the strike and lock-out until the negotiations come to a deadlock, the legislation furthers the fundamental commitment to the "orderly and constructive settlement of disputes", which is expressed in s. 27(1)(c) of the British Columbia *Labour Code*.

Second, the use of an economic sanction in collective bargaining necessarily entails that a party will suffer some loss in having recourse to it. Bargaining is premised upon mutual compromise. By engaging in a strike, members of a trade union accept that they will be out of work and receive no salary from the employer during the length of the strike. Likewise, where an employer locks out its employees, the employer accepts that its production may shut down and that its flow of revenues may eventually come to a halt.

Third, the existence of an economic sanction presupposes the availability of a countervailing sanction of proportionate impact (Carrothers, *supra*, at p. 577):

The systems of industrial relations in Canada are, as a matter of deliberate legislative policy, based on collective action, the use of market forces and the concept of countervailing power. [Emphasis added.]

2—Discussion

The unilateral imposition of the terms of employment as recognized by the Board in the present instance shares none of these three charac-

qui a trait à la grève, on exige de plus la tenue d'un [TRADUCTION] «scrutin secret conformément aux règlements, par les employés de l'unité visée, sur l'opportunité de déclencher la grève», où [TRADUCTION] «la majorité des employés qui votent se prononcent en faveur de la grève» (art. 81). Le cas échéant, le droit de déclencher la grève ne peut être exercé que dans un délai de trois mois après le scrutin (al. 81(3)a)) et après la production par le syndicat d'un préavis de 72 heures indiquant que les employés déclencheront la grève (sous-al. 81(3)b)(i) et (ii)). Lorsqu'un médiateur est désigné, un délai supplémentaire peut être nécessaire afin de lui permettre de faire rapport au Ministre (sous-al. 81(3)b)(iii)).

En prescrivant qu'on ne peut recourir à la grève et au lock-out que si les négociations sont dans une impasse, la Loi confirme l'objectif fondamental du «règlement ordonné et constructif des différends» qui est exprimé à l'al. 27(1)c) du *Labour Code* de la Colombie-Britannique.

En deuxième lieu, le recours à une sanction économique dans la négociation collective implique nécessairement que la partie qui opte pour ce moyen subira une certaine perte. La négociation est fondée sur le compromis mutuel. En déclenchant une grève, les membres d'un syndicat acceptent d'être sans travail et de ne recevoir aucun salaire de l'employeur pendant la durée de la grève. De même, lorsqu'un employeur décrète un lock-out, il accepte que son entreprise puisse fermer ses portes et qu'il puisse y avoir éventuellement une interruption de ses revenus.

En troisième lieu, l'existence d'une sanction économique suppose la possibilité d'une sanction correspondante ayant un effet proportionnel (Carrothers, précité, à la p. 577):

[TRADUCTION] Les régimes des relations industrielles au Canada sont, en vertu d'une politique législative mûrement réfléchie, fondés sur l'action collective, le recours aux forces du marché et la notion d'un pouvoir compensatoire. [Je souligne.]

2—Analyse

L'imposition unilatérale de conditions de travail, comme celle que la Commission a reconnue en l'espèce, ne comporte aucune de ces trois caracté-

teristics. First, the policy stated by the Board in the CAIMAW/IBEW re-hearing provides for no ban on the unilateral imposition of terms of employment in the early stages of negotiation. Such unilateral sanction may theoretically, on the basis of that policy, take place at any time following the termination of the previous collective agreement. This result is most unusual when compared to the law in other jurisdictions. In the United States, an exception to the general prohibition against the imposition of the terms of employment was created in the case of an impasse. This exception is itself subject to restrictions with respect to the extent, context and manner of the changes brought about by the employer (see the discussion by T. H. Murphy, "Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith" (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1, at pp. 24-34). Moreover, as noted in the reasons of my colleague La Forest J., the majority of Canadian jurisdictions prohibit unilateral changes either until the right to strike or lock-out is acquired or until negotiation, conciliation and mediation have all failed to produce an agreement. Consequently, there is a near unanimous recognition of the need to freeze working conditions until either an impasse is reached or the right to strike or lock-out arises—a situation which typically takes a number of months after termination. However, on the basis of the policy formulated by the Board, British Columbia would be the only jurisdiction in North America where the imposition of terms can occur before such time.

Second, the employer is not detrimentally affected if it decides to reduce the salaries and cut other employment benefits. The unilateral imposition of terms may thus actually be profitable to the employer since it allows continued production at lower costs.

Third, since the imposition of terms could conceivably take place before the right to strike arises under the *Labour Code*, no sanction is available to the union to countervail the unilateral setting of terms. The union cannot impose on the employer

ristiques. En premier lieu, la politique énoncée par la Commission au cours de la nouvelle audition CAIMAW-FIOE ne prévoit aucune interdiction d'imposer unilatéralement des conditions de travail pendant les premières étapes de la négociation. Théoriquement, en vertu de cette politique, une telle mesure unilatérale peut être adoptée en tout temps après l'expiration de la convention collective antérieure. Un tel résultat est particulièrement inusité si on le compare au droit en vigueur dans d'autres juridictions. Aux États-Unis, on a créé en cas d'impasse une exception à l'interdiction générale d'imposer des conditions de travail. Cette exception est elle-même assujettie à des restrictions quant à l'étendue, au contexte et aux modalités des modifications apportées par l'employeur (voir l'analyse de T. H. Murphy, «Impasse and the Duty to Bargain in Good Faith» (1977), 39 *U. Pitt. L. Rev.* 1, aux pp. 24 à 34). De plus, comme mon collègue le juge La Forest le souligne dans ses motifs, la majorité des provinces canadiennes interdisent les modifications unilatérales avant que n'ait été acquis le droit de déclencher la grève ou de décréter un lock-out, ou avant que la négociation, la conciliation et la médiation n'aient échoué. Par conséquent, est presque unanimement reconnue la nécessité de geler les conditions de travail jusqu'au moment d'une impasse ou jusqu'à l'acquisition du droit de grève ou de lock-out, ce qui se produit généralement plusieurs mois après l'expiration de la convention. Toutefois, selon la politique établie par la Commission, la Colombie-Britannique serait la seule juridiction en Amérique du Nord où il est possible d'imposer unilatéralement des modifications avant ce moment.

En deuxième lieu, l'employeur ne subit aucun préjudice s'il décide de réduire les salaires ou d'autres avantages sociaux. Ainsi, l'imposition unilatérale de conditions de travail peut en fait être profitable à l'employeur puisqu'elle lui permet de continuer l'exploitation de son entreprise à un coût moindre.

En troisième lieu, puisque l'imposition unilatérale de nouvelles conditions pourrait théoriquement avoir lieu avant que ne soit acquis le droit à la grève en vertu du *Labour Code*, le syndicat ne dispose d'aucune sanction pouvant la contrebalan-

the wages, hours and other benefits it seeks to obtain. It has no choice but to live with the new conditions until the right to strike springs into existence, and even then it may have no option.

More importantly, unlike the strike and lock-out, the unilateral imposition of the terms of employment does not necessarily pressure both parties into agreeing upon a settlement. This sanction opens the door to a number of abuses of the process of collective negotiation. Altering terms may have detrimental repercussions on the process of bargaining, such as discrediting the union's authority to negotiate an agreement or unduly forcing the union's hand in the decision to call for a strike.

The risk that the union's authority may be curtailed was discussed in a decision of the Canadian Labour Relations Board, *Canadian Air Line Pilots Association v. Air Canada, Montreal, Quebec* (1977), 24 di 203. While that Code expressly freezes the working conditions until the right to strike arises, this prohibition was designed to address the same concerns (at p. 214):

The prohibition [against unilateral alteration of terms] is imposed on the employer, because Parliament recognizes that in the normal course it is the employer that is in the position to influence the proceedings at the bargaining table by making decisions affecting its operation without prior consultation with the union. By making such decisions and acting unilaterally, the employer can undermine the authority of the employees' bargaining agent, and also poison the environment within which collective bargaining is being conducted and thereby catalyze avoidable legal or illegal industrial conflict. Such unilateral action is contrary to the cooperative relationship envisioned by and sought to be promoted in the *Canada Labour Code*, Part V. [Emphasis added.]

The objective of "cooperative relationship" in the *Canada Labour Code* is similar to the objective of "furthering harmonious relations between employers and employees" set out in s. 27(1)(a) of the British Columbia *Labour Code*.

cer. Le syndicat ne peut imposer à l'employeur les taux de rémunération, les horaires et les autres avantages qu'il cherche à obtenir. Il n'a d'autre choix que de s'accommoder des nouvelles conditions jusqu'à l'acquisition du droit de déclencher la grève, qu'il peut, encore là, être forcé d'exercer.

Qui plus est, contrairement à la grève et au lock-out, l'imposition unilatérale de conditions de travail ne pousse pas nécessairement les deux parties à conclure une entente. Cette sanction ouvre la porte à un certain nombre d'abus du processus de négociation collective. La modification des conditions de travail peut avoir des répercussions négatives sur la négociation, notamment en discréditant le pouvoir du syndicat de négocier une convention ou en forçant indûment ce dernier à décider de déclencher la grève.

Le risque de miner le pouvoir du syndicat a été discuté dans une décision du Conseil canadien des relations du travail, *Canadian Air Line Pilots Association c. Air Canada, Montréal, Québec* (1977), 24 di 203. Dans cette affaire, même si le code applicable gèle expressément les conditions de travail jusqu'à la naissance du droit de déclencher la grève, les préoccupations sous-jacentes sont les mêmes qu'en l'espèce (à la p. 214):

Cette restriction [interdisant de modifier unilatéralement les conditions de travail] est imposée à l'employeur parce que le Parlement est conscient que c'est ce dernier qui, dans le cours normal des choses, est en mesure d'influencer le déroulement des événements à la table de négociation en prenant des décisions touchant l'exploitation de son entreprise sans au préalable consulter le syndicat. En prenant de telles décisions et en agissant de façon unilatérale, l'employeur peut miner le pouvoir de l'agent négociateur représentant les employés, empoisonner l'atmosphère dans laquelle se déroulent les négociations collectives et par la même occasion, déclencher un conflit de travail légal ou illégal qu'on aurait pu autrement éviter. Ces initiatives unilatérales sont contraires à l'esprit de collaboration auquel la Partie V de (*sic*) *Code canadien du travail* fait allusion et que le législateur a cherché à promouvoir. [Jc souligne.]

L'objectif d'un «esprit de collaboration» prévu dans le *Code canadien du travail* s'apparente à l'objectif visant à «promouvoir l'existence de relations harmonieuses entre employeurs et employés» énoncé à l'al. 27(1)a) du *Labour Code* de la Colombie-Britannique.

Similar concerns are expressed in *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101, (Ont. L.R.B.) at p. 115:

When an employer, while negotiating with a trade union, implements new conditions of employment that have not even been first proposed to the trade union, the inference logically arises that the tactic is designed to undermine the status of the trade union—amounting to a suggestion that beneficial terms and conditions of employment do not require the presence of the bargaining agent.

Here again, I have no doubt that s. 27 of the *Labour Code* is designed to protect the integrity of the bargaining process against possible abuses of the type described above by the Ontario Labour Board.

These concerns with respect to the integrity of the bargaining process are most acute when the employer proceeds to reduce or cancel employment benefits. Such changes are by their very nature inherently prejudicial to the freedom of unions to decide whether or not to strike. Indeed, in reducing the conditions of employment, the employer leaves the union and the employees with the following choices: to continue to work under the new, less favourable conditions, or to strike even though that may not otherwise have been the employees' intention. If no strike is called, then the employees lose faith in a union under whose leadership the benefits have decreased. If the union is forced into calling a strike at an inopportune time, the same destructive result can follow. To force such a choice upon the union is to make a mockery of the bargaining system. Such an ultimatum is especially disparaging of the system since the pressures are brought to bear upon the most vulnerable participants in the process: the individual employees. The basic imbalance sought to be corrected by the right of employees to associate is described in detail by Carrothers, *supra*, at p. 4:

The employee, treating with his employer over terms under which he is to sell his services, is, individually, at an uncompensable disadvantage. Where the process of production displays a high capacity for substituting one person for another, or one job for another, and where

Des préoccupations semblables sont exprimées dans la décision *U.E.W. and DeVilbiss Ltd.*, [1976] 2 CLRBR 101 (C.R.L. Ont.), à la p. 115:

[TRADUCTION] Lorsque, pendant les négociations avec un syndicat, un employeur met en vigueur de nouvelles conditions de travail qui n'ont même pas d'abord été proposées au syndicat, on peut logiquement présumer que la tactique vise à miner la position du syndicat—notamment en laissant entendre que la mise en place de conditions de travail avantageuses n'exige pas la présence de l'agent négociateur.

Ici encore, il ne fait aucun doute, selon moi, que l'art. 27 du *Labour Code* vise à protéger l'intégrité du processus de négociation contre toute possibilité d'abus du genre décrit plus haut par la Commission des relations de travail de l'Ontario.

Ces préoccupations quant à l'intégrité du processus de négociation sont encore plus aiguës lorsque l'employeur procède à la réduction ou à l'annulation d'avantages sociaux. De par leur nature, ces modifications sont préjudiciables à la liberté des syndicats de décider de l'opportunité de déclencher une grève. En fait, en réduisant les conditions de travail, l'employeur ne laisse au syndicat et aux employés que les choix suivants: continuer de travailler sous le régime des nouvelles conditions qui sont moins favorables ou déclencher la grève même s'il se peut que cette mesure ne soit pas celle que les employés aient eu l'intention de prendre. Si aucune grève n'est déclenchée, les employés perdent alors confiance dans le syndicat qui n'a pu empêcher la réduction de leurs conditions de travail. Si le syndicat est forcé de déclencher la grève à un moment inopportun, le même résultat destructeur est susceptible de se produire. Accuser le syndicat à un tel choix, c'est se moquer du régime de négociation. Un tel ultimatum cause un tort particulièrement important au régime puisque les pressions sont exercées sur les participants les plus vulnérables du processus: les employés eux-mêmes. Le déséquilibre fondamental que vise à corriger le droit d'association des employés est décrit en détail par Carrothers, précité, à la p. 4:

[TRADUCTION] Lorsqu'il négocie avec son employeur les conditions auxquelles il vendra ses services, l'employé, pris individuellement, est dans une situation désavantageuse qui ne peut être contrebalancée. Alors que le processus d'exploitation fait preuve d'une grande capa-

the economy is operating at a level short of full employment, most individual workmen must take the terms offered or go without.

In focusing on the individual employees and forcing them either to accept the lower terms or to stop working altogether, the unilateral imposition of terms stands in a class by itself as an economic sanction which is inherently destructive of the freedom to engage in collective bargaining and strikes a fundamental blow to the freedom of employees to form themselves into a union and engage the employer in collective bargaining. The only foreseeable effect of this measure is to uselessly fuel the flames of the labour dispute. Such a result is inimical of the statutory purposes set out in s. 27 of the *Labour Code*. These concerns were addressed in *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (D.C. 1971), where the employer decreased employment benefits with a view to pressure the union into going on strike. The Board, later confirmed by the Court of Appeals, found that (p. 747):

It would seem reasonable to infer that when one party to the bargaining takes action which has a work stoppage as at least one of its objects, such conduct is inimical of the statutory purposes and reveals a purpose inconsistent with good-faith bargaining.

In stating as a goal the improvement of collective bargaining "between employers and trade unions as the freely chosen representatives of employees", s. 27(1)(b) of the *Labour Code* emphasizes the sovereign role of the union in the bargaining. This role is also underscored in s. 46(a) of the Code, which states:

46. Where a trade union is certified as bargaining agent for an appropriate bargaining unit,

- (a) it has exclusive authority to bargain collectively for the unit and to bind it by a collective agreement until the certification is cancelled;

cité de substituer une personne à une autre ou un emploi à un autre, et que l'économie fonctionne à un régime n'assurant pas le plein emploi, la plupart des travailleurs doivent accepter les conditions offertes ou se passer de travail.

a

En visant chacun des employés et en les forçant à choisir entre l'acceptation des conditions inf ricures ou l'arrêt de travail, l'imposition unilatérale de conditions de travail forme une catégorie à part du fait qu'elle constitue une sanction économique qui est fondamentalement destructrice de la liberté d'engager des négociations collectives et qui frappe au cœur de la liberté des employés de se regrouper en syndicat et d'amener l'employeur à négocier collectivement. Le seul effet prévisible de cette mesure est d'attiser inutilement les conflits de travail. Un tel résultat va à l'encontre des objectifs énoncés à l'art. 27 du *Labour Code*. Ces préoccupations ont été abordées dans la décision *Local 155 of International Molders and Allied Workers Union v. National Labour Relations Board*, 442 F.2d 742 (D.C. 1971), où l'employeur avait réduit les avantages sociaux de manière à forcer le syndicat à déclencher la grève. La conclusion de la Commission, confirmée par la Cour d'appel, est à l'effet suivant (  la p. 747):

a

[TRADUCTION] Il semblerait raisonnable de déduire que lorsqu'une partie à la négociation prend une mesure dont l'un des objectifs au moins est l'arrêt de travail, un tel comportement va à l'encontre des objectifs énoncés dans la Loi et révèle un but incompatible avec la négociation de bonne foi.

b

En fixant comme objectif l'amélioration de la négociation collective [TRADUCTION] «entre les employeurs et les syndicats en leur qualité de représentants librement élus des employés», l'al. 27(1)(b) du *Labour Code* souligne le rôle souverain que joue le syndicat dans la négociation. Ce rôle est également mis en relief à l'al. 46a) du Code, qui prévoit:

c

[TRADUCTION] 46. Lorsqu'un syndicat est accrédité à titre d'agent négociateur d'une unité de négociation appropriée,

d

- a) il a le pouvoir exclusif de négocier collectivement au nom de l'unité de négociation et de la lier au moyen d'une convention collective jusqu'à l'annulation de l'accréditation;

e

f

g

h

i

j

1989 CanLII 49 (SCC)

Since the Code's definition of "collective bargaining" includes "the regulation of relations between an employer and employees" (s. 1), s. 46 confers exclusive bargaining authority to a certified union even after the collective agreement has expired.

In *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, the Board found that s. 46 prevents an employer, upon the termination of a collective agreement, from unilaterally implementing new working conditions through direct communication with the employees. Vice-Chairman Sheen wrote at pp. 336-37:

In British Columbia, due to the provisions of s. 46 of the *Labour Code*, an employer cannot unilaterally alter an employee's terms of employment even in the interregnum between the expiration of the agreement and the commencement of a strike or lockout. For, by virtue of that section, a trade union certified to represent the employees in a bargaining unit, has the exclusive authority to "bargain collectively" for that unit and to conclude an agreement binding upon it.

[A]lthough there is no collective agreement in force, if an employer wishes to alter the terms and conditions of employment of the employees in that unit, it must do so by means of negotiations with the certified bargaining agent—it cannot get legally binding agreements by means of bargaining with, or unilateral imposition upon, individual employees. For, so long as the union is the certified bargaining agent for those employees, the termination of the collective agreement does not give the employer the right to deal with the employees individually.

He added:

... the College sought to sign and implement the nine-month contract, *at least* until the settlement of a new collective agreement. In so doing it sought to achieve directly with the employees what it could not accomplish in bargaining with the Faculty Association. Such conduct is an attempt to undermine the latter's exclusive bargaining authority and is a violation of s. 6.

This reasoning, however, was subsequently distinguished by the Board in the CAIMAW application and CAIMAW/IBEW re-hearing, which are

Puisque la définition que donne le Code de l'expression [TRADUCTION] «négociation collective» comprend [TRADUCTION] «la réglementation des relations entre l'employeur et les employés» (art. 1), l'art. 46 confère à un syndicat accrédité le pouvoir exclusif de négocier même après l'expiration de la convention collective.

Dans l'affaire *Cariboo College and Cariboo College Faculty Ass'n* (1983), 4 CLRBR (NS) 320, la Commission a conclu que l'art. 46 empêche un employeur, à l'expiration d'une convention collective, de mettre en vigueur unilatéralement de nouvelles conditions de travail par la communication directe avec les employés. Le vice-président Sheen écrit, aux pp. 336 et 337:

[TRADUCTION] En Colombie-Britannique, en raison des dispositions de l'art. 46 du *Labour Code*, un employeur ne peut modifier unilatéralement les conditions de travail d'un employé même pendant l'intervalle entre l'expiration de la convention et le début d'une grève ou d'un lock-out. En effet, aux termes de cet article, un syndicat accrédité pour représenter les employés d'une unité de négociation a le pouvoir exclusif de «négocier collectivement» au nom de cette unité et de conclure une convention qui la lie.

[M]ême si aucune convention collective n'est en vigueur, lorsqu'un employeur désire modifier les conditions de travail des employés de cette unité, il doit le faire par le biais de négociations avec l'agent négociateur accrédité—il ne peut obtenir de convention légalement exécutoire en négociant personnellement avec chaque employé ou en lui imposant unilatéralement de nouvelles conditions. Eu effet, tant que le syndicat est l'agent négociateur accrédité de ces employés, l'expiration de la convention collective ne donne pas à l'employeur le droit de négocier personnellement avec chacun des employés.

Il ajoute ceci:

[TRADUCTION] ... le collège a tenté de conclure et de mettre à exécution le contrat de neuf mois, *tout au moins* jusqu'à la conclusion d'une nouvelle convention collective. Ce faisant, il a tenté de faire directement avec les employés ce qu'il ne pouvait accomplir en négociant avec l'association de la faculté. Une telle conduite constitue une tentative de miner le pouvoir exclusif de négociation de cette dernière et une violation de l'art. 6.

Ce raisonnement a toutefois été écarté subscéquemment par la Commission lors de l'affaire CAIMAW et de la nouvelle audition CAIMAW-

at the origin of the present proceedings, on the basis that:

... by virtue of Section 46 of the Code an employer may not engage in any negotiation or bargaining in respect of terms or conditions of employment directly with the employees within a bargaining unit. Such direct employer-employee negotiations would certainly fail to recognize the exclusivity of the trade union's collective bargaining authority: Section 46.

The Board read *Cariboo College* narrowly as not extending to cases where unilateral action respecting the terms and conditions of employment is initiated by the employer in communicating with the bargaining agent instead of individual employees. The Board wrote (at p. 35):

With the greatest of respect to the panel in *Cariboo College* [reported (1983), 4 Can. L.R.B.R. (N.S.) 320], we find that we cannot concur with some of the conclusions made in that case We are not, however, persuaded by the analysis in *Cariboo College* that any of the authorities cited therein stand for the proposition that an employer may not alter the terms and conditions of employment after the expiry of a collective agreement. To put it another way, we do not conclude that the unilateral imposition by an employer of new terms and conditions of employment after the termination of a collective agreement constitutes negotiating directly with employees and a failure to recognize the exclusivity of the trade union's collective bargaining authority.

After reconsidering *Cariboo College*, the Board felt that it "went too far" and that there was "unyielding rigidity" in its previous interpretation of s. 46. The reasons for this change of position were set out at length by the panel in the CAIMAW/IBEW re-hearing. First, the Board found that the "weight of authority" favoured the new interpretation, and it expressed the view that *Cariboo College's* reliance on *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (Ont. C.A.), was "misplaced". The Board added the following, which states the *ratio* for the Board's disagreement with the interpretation offered in *Cariboo College*:

FIOE qui sont à l'origine du présent litige, distinction fondée sur le fait que:

[TRADUCTION] ... en vertu de l'art. 46 du Code, un employeur ne peut, à l'égard des conditions de travail, engager des négociations ou ni traiter directement avec les employés faisant partie d'une unité de négociation. De telles négociations directes entre employeur et employés ne reconnaîtraient sûrement pas l'exclusivité du pouvoir de négociation collective du syndicat: article 46.

La Commission a interprété étroitement la décision *Cariboo College* comme ne s'appliquant pas aux affaires où la mesure unilatérale visant les conditions de travail est prise par l'employeur en communiquant avec l'agent négociateur plutôt qu'avec chacun des employés. La Commission écrit (à la p. 35):

[TRADUCTION] Malgré tout le respect que nous devons au comité qui a rendu la décision *Cariboo College* [publiée à (1983), 4 Can. L.R.B.R. (N.S.) 320], nous estimons ne pouvoir être d'accord avec certaines des conclusions arrêtées dans cette affaire [...] Toutefois, l'analyse faite dans *Cariboo College* ne nous convainc pas que les décisions qui y sont citées appuient la notion selon laquelle un employeur ne peut modifier les conditions de travail après l'expiration d'une convention collective. En d'autres termes, nous ne concluons pas que l'imposition unilatérale, par un employeur, de nouvelles conditions de travail après l'expiration d'une convention collective constitue une négociation directe avec les employés et un défaut de reconnaître l'exclusivité du pouvoir de négociation collective du syndicat.

Après avoir reconsidéré la décision *Cariboo College*, la Commission a jugé qu'elle [TRADUCTION] «était allée trop loin» et qu'il y avait [TRADUCTION] «une trop grande rigidité» dans son interprétation antérieure de l'art. 46. Les motifs de ce changement de point de vue sont énoncés en détail par le comité ayant procédé à la nouvelle audition CAIMAW-FIOE. En premier lieu, la Commission a conclu que le [TRADUCTION] «poids de la jurisprudence» favorisait la nouvelle interprétation et elle s'est dite d'avis qu'il était [TRADUCTION] «déplacé» de faire reposer la décision *Cariboo College* sur l'arrêt *Re Telegram Publishing Co. and Zwelling* (1975), 67 D.L.R. (3d) 404 (C.A. Ont.) La Commission a ajouté les motifs suivants qui expliquent son désaccord relativement à l'interprétation donnée dans la décision *Cariboo College*:

Consider, as well, the overall structure of the Labour Code as it is pertinent to the issue under discussion. Section 51 states that where an application for certification is pending, the employer is prohibited, except with the consent of the Labour Board, from altering any terms or conditions of employment of the employees affected by the application. Where a certificate is granted, the prohibition is extended by Section 61 until four months after the issuance of the certificate, or until a collective agreement is reached, whichever occurs first. Of course, by the time Section 61 enters the picture, so has Section 46. Thus, three propositions emerge. First, Section 61 would be quite unnecessary if Section 46 had the *per se* result contemplated by the panel in *Cariboo College*. Second, if that result is correct, the dissipation after four months of the absolute prohibition against unilateral prohibitions (subject only to the consent of the Labour Board) would be rendered illusory. Third, the expiry of the four month period, far from leading to a loosening of restraints on the employer, would lead to a complete sterilization of the capacity to make non-negotiated alterations (subject only to an abandonment by the trade union of its certificate of bargaining authority), regardless of whether the Labour Board might wish to consent. The Board would simply lack the power to consent.

To state such a situation is to repudiate it. Section 51 is a recognition that the pre-certification is the most sensitive of all. Section 61 is an acknowledgement that the early post-certification stage is also quite sensitive; that statutory protection against unilateral employer action continues to be warranted for awhile. But not forever. At some stage, the new collective must stand on its own feet. It must rely on its own negotiating strengths, and its will to resort to the devices of collective bargaining.

As noted by La Forest J., it is apparent that the Board sought to rationalize its conclusion. However, in so doing the Board omitted to consider an essential element of its mandate: s. 27. Had it turned its mind to the fundamental policies expressed in that provision, the Board would have had no choice but to come to a conclusion such as the one previously set forth in *Cariboo College* and to endorse a solution similar to the policies of

[TRANSLATION] Il faut aussi tenir compte de la structure globale du Labour Code puisqu'elle est pertinente en l'espèce. L'article 51 prévoit que lorsqu'une demande d'accréditation a été présentée, l'employeur ne peut, sans le consentement de la commission des relations du travail, modifier une condition de travail des employés touchés par la demande. Lorsqu'une accréditation est accordée, l'interdiction est prolongée, en vertu de l'article 61, jusqu'à l'expiration d'une période de quatre mois suivant l'accréditation ou jusqu'à la signature de la convention collective, selon la première de ces éventualités. Naturellement, lorsque l'article 61 entre en jeu, il n'est de même de l'article 46. D'où les trois propositions suivantes. En premier lieu, l'article 61 serait tout à fait inutile si l'article 46 avait en soi le résultat envisagé par le comité dans l'affaire *Cariboo College*. En deuxième lieu, si ce résultat est exact, la suppression, après quatre mois, de l'interdiction absolue d'apporter des modifications unilatérales (sous réserve uniquement de l'autorisation de la commission des relations du travail) deviendrait illusoire. En troisième lieu, l'expiration de la période de quatre mois, loin d'entraîner un relâchement des restrictions imposées à l'employeur, conduirait à une stérilisation complète de la capacité d'apporter des modifications non négociées (sous réserve uniquement de l'abandon par le syndicat de son accréditation à titre d'agent négociateur), peu importe que la commission des relations du travail soit prête éventuellement à donner son consentement. La commission n'aurait tout simplement pas le pouvoir de donner son consentement.

Énoncer une telle situation, c'est la répudier. L'article 51 est une reconnaissance du fait que la période précédant l'accréditation est celle qui est la plus délicate. L'article 61 est une reconnaissance du fait que la période suivant l'accréditation est également très délicate et que la protection, accordée par la Loi, contre l'action unilatérale de l'employeur continue d'être justifiée pendant un certain temps, mais pas pour toujours. À un moment donné, la nouvelle association doit voler de ses propres ailes. Elle doit compter sur ses propres forces de négociation et sur sa volonté d'avoir recours aux mécanismes de la négociation collective.

Comme l'a souligné le juge La Forest, il est évident que la Commission a tenté de justifier rationnellement sa conclusion. Ce faisant, elle a toutefois omis de tenir compte d'un élément essentiel de son mandat: l'art. 27. Si elle avait prêté attention aux directives fondamentales exprimées dans cette disposition, la Commission n'aurait pu faire autrement qu'arriver à une conclusion semblable à celle déjà énoncée dans *Cariboo College*

control which are universally applied in other jurisdictions.

At any rate, the Board's interpretation lacks a proper rationale. While there may be some overlap between the statutory freeze provided for by s. 61 and the principle of exclusive bargaining authority, it does not necessarily follow that s. 61 is rendered unnecessary, nor that the freeze is illusory. Once the agreement is reached, there is no longer any need for the protection afforded by s. 61 and the freeze, because the protection then is afforded by the binding nature of the agreement. Indeed, it is beyond dispute that, during the life of a collective agreement an employer is bound by the terms of the agreement (see s. 64, and *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206, and *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718). This does not render, to quote the panel in the CAIMAW/IBEW re-hearing, "the dissipation . . . of the absolute prohibition against unilateral [alterations] . . . illusory". Simply, the prohibition finds its source elsewhere in the Code. The conclusion of a collective agreement, to use the Board's language, may also "lead to a complete sterilization of the capacity to make non-negotiated alterations"; yet, that is not an undesirable situation. Quite the contrary: parties negotiate precisely with a view to reaching an agreement which will provide certainty in labour relations for a specified period of time.

Moreover, it seems to me that, to be more in line with s. 27, the Board should have given the reasoning in *Cariboo College* a liberal application. The main infringement upon the union's exclusive bargaining authority in that case did not flow from the mere fact that an employer had notified the individual employees personally or through a circular posted in the work place of the proposed alteration of terms. While that may have formed a subordinate part of the problem, the undermining of the union's authority resulted from the fact that changes in the terms and conditions of employ-

et endosser une solution semblable aux politiques de contrôle qui sont universellement appliquées dans d'autres juridictions.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation donnée par la Commission manque de rationalité. Même s'il peut y avoir un certain chevauchement entre le gel prévu par l'art. 61 et le principe du pouvoir exclusif de négocier, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'art. 61 devient inutile ni que le gel est illusoire. Dès que la convention est conclue, la protection garantie par l'art. 61 et le gel ne sont plus nécessaires puisque c'est alors la nature exécutoire de la convention qui assure cette protection. En fait, il est incontestable que, pendant la durée de la convention collective, l'employeur est lié par les conditions qui y sont prescrites (voir l'art. 64, l'arrêt *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Cie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206, et l'arrêt *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718). Pour paraphraser les termes de la décision du comité dans la nouvelle audition CAIMAW-FIOE, cela ne rend pas «la suppression [...] de l'interdiction absolue d'apporter des modifications unilatérales [...] illusoire». L'interdiction prend tout simplement sa source ailleurs dans le Code. La conclusion d'une convention collective, pour reprendre les mots de la Commission, peut également «conduir[e] à une stérilisation complète de la capacité d'apporter des modifications non négociées»; pourtant, il ne s'agit pas là d'une situation indésirable. Bien au contraire, les parties négocient justement dans le but de conclure une entente qui amènera de la certitude dans les relations du travail pendant une période déterminée.

De plus, il me semble que pour mieux s'harmoniser à l'art. 27, la Commission aurait dû donner aux motifs de la décision *Cariboo College* une application libérale. Dans cette affaire, l'atteinte principale au pouvoir exclusif de négocier du syndicat ne découlait pas du seul fait qu'un employeur avait avisé les employés, personnellement ou au moyen d'une lettre circulaire affichée dans les lieux de travail, du projet de modification des conditions. Même s'il se peut que cela ait constitué une partie accessoire du problème, il n'en demeure pas moins que la diminution du pouvoir du syndi-

ment were brought about without any participation by the employees' representative. To limit the principle of exclusive bargaining authority as the Board did, namely, as merely requiring the employer to "communicate the terms and conditions of the new post-collective agreement relationship directly to the trade union and not directly to the employees", is to amputate the efficiency of the collective bargaining scheme entrenched in the legislation.

The Court of Appeal found that the alternative proposed by the Board would bring "chaos" to labour relations in British Columbia. The five-member panel of the Court of Appeal determined that it was "patently unreasonable" for the Board to find that the employer had this power, in part because that power conflicted with the need to develop effective industrial relations. For the Court, Seaton J.A. noted:

No foundation is given for the statement that "an employer has the authority under the Labour Code to make unilateral alterations . . ." No section says that; nor does any imply it. The Code as a whole seeks stability resulting from agreement. This new power creates instability resulting from unilateral action. [Emphasis added.]

I share the Court of Appeal's opinion as regards the patently unreasonable nature of unilateral action as allowed by the Board in the present case.

While the foregoing reasons suffice to dispose of the present appeal, I find it necessary to add brief remarks on the procedure followed by the Board.

III

Policy-Making Procedure

The failure of the Board to reject a policy solution contrary to the fundamental objectives of the Act may be due to the fact that the Board chose to make this policy decision within the context of a private adjudication between individual parties. The Board did not benefit from the input other parties may have had to offer in this respect had another route been chosen to formulate its

cat résultait du fait que des modifications aux conditions de travail avaient été apportées sans la participation du représentant des employés. Interpréter, comme l'a fait la Commission, le principe du pouvoir exclusif de négocier comme exigeant simplement que l'employeur [TRADUCTION] «communique les conditions du nouveau contexte post-convention collective directement au syndicat plutôt qu'aux employés», c'est dépouiller de toute efficacité le régime de négociation collective encaissé dans la Loi.

La Cour d'appel a conclu que la solution de rechange proposée par la Commission entraînerait le «chaos» dans les relations du travail en Colombie-Britannique. Les cinq juges de la Cour d'appel ont statué qu'il était «manifestement déraisonnable» pour la Commission de conclure que l'employeur avait ce pouvoir, en partie parce que ce pouvoir était incompatible avec la nécessité d'instaurer des relations industrielles efficaces. Le juge Seaton fait observer au nom de la cour:

[TRADUCTION] On n'a présenté aucune justification de la prétention selon laquelle «l'employeur a le pouvoir en vertu du Labour Code de procéder à des modifications unilatérales . . .» Aucun article ne prévoit cela ni ne permet de le déduire. Dans son ensemble, le Code recherche la stabilité que procure une entente. Ce nouveau pouvoir crée de l'instabilité découlant d'une action unilatérale. [Je souligne.]

Je partage l'opinion de la Cour d'appel quant au caractère manifestement déraisonnable de l'action unilatérale permise par la Commission en l'espèce.

Même si les motifs qui précèdent sont suffisants pour trancher le présent pourvoi, il me paraît nécessaire d'ajouter quelques brèves remarques sur la procédure suivie par la Commission.

III

Procédure d'établissement d'une politique

Le défaut de la Commission de rejeter une solution de principe contraire aux objectifs fondamentaux de la Loi peut s'expliquer par le fait qu'elle a choisi de rendre cette décision de principe dans le cadre d'un litige privé entre deux parties. La Commission n'a pas bénéficié des points de vue que d'autres parties auraient pu exprimer à cet égard si elle avait choisi un autre moyen pour

policy. In that fashion the spectrum of the consequences of the proposed policy may not have been fully brought to the Board's attention.

The Code does provide for mechanisms allowing the Board to broaden the reach and scope of the proceedings before it. The first set of mechanisms involves procedural adjustments which can be brought to the adjudicative hearing:

35. The board, in relation to a proceeding or matter before it, has power to

(a) summon and enforce attendance of witnesses and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce documents and things the board considers necessary for full investigation and consideration of a matter within its jurisdiction that is before it in the proceeding;

(k) adjourn or postpone the proceeding;

(n) add a party to the proceeding at any stage.

The second involves a more radical change in the nature of the proceedings. The Board is empowered to conduct full-scale, public policy-making hearings during the course of which the Board is more completely liberated from the restrictions inherent to private adjudication:

27. ...

(2) The board may formulate general guidelines to further the operation of this Act; but the board is not bound by those guidelines in the exercise of its powers or the performance of its duties.

(3) In formulating general guidelines the board may request that submissions be made to it by any person.

(4) The board shall make available in writing for publication all general guidelines formulated under this section, and their amendments and revisions.

In a policy-making hearing held under s. 27(2) and (3), any interested party would have the opportunity to make representations thereby en-

formuler sa politique. Il se peut donc que la gamme des conséquences de la politique proposée n'ait pas été portée complètement à l'attention de la Commission.

^a Le Code prévoit des mécanismes qui permettent à la Commission d'élargir la portée et l'étendue des procédures dont elle est saisie. Le premier ensemble de mécanismes comporte des rajustements de procédure qui peuvent être apportés à l'audition:

[TRADUCTION] 35. Eu égard à la procédure ou aux questions dont elle est saisie, la commission a le pouvoir

^c a) d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et à faire des dépositions orales ou écrites, sous serment, ainsi qu'à produire les documents et choses que la commission juge nécessaires pour lui permettre de faire un examen complet d'une question qui relève de sa compétence et dont elle est saisie dans le cadre de la procédure;

^d k) d'ajourner ou de reporter la procédure;

^e n) d'ajouter une partie à toute étape de la procédure.

^f Le deuxième ensemble entraîne une modification plus radicale de la nature de la procédure. La Commission a le pouvoir de tenir des audiences publiques pour l'élaboration d'énoncés de politique, au cours desquelles elle est largement libérée des restrictions inhérentes à un litige privé:

^g [TRADUCTION] 27. ...

^h (2) La commission peut formuler des lignes directrices générales pour faciliter l'application de la présente loi; la commission n'est toutefois pas liée par ces lignes directrices dans l'exercice de ses pouvoirs ou de ses fonctions;

(3) Pour formuler des lignes directrices générales, la commission peut demander à quiconque de lui soumettre des observations;

ⁱ (4) La commission conservera par écrit, à des fins de publication, toutes les lignes directrices générales formulées en vertu du présent article, de même que leurs modifications et révisions.

^j Lors d'une audience visant l'établissement d'une politique tenue en vertu des par. 27(2) et (3), toute partie intéressée aurait la possibilité de soumettre

abling the Board to make a policy decision consistent with the public interest and the fundamental purposes of the legislation. These provisions indicate a legislative intent favouring broad participation by the members of the labour relations community in proceedings involving issues of widespread interest. While policy issues may be present in some form in private adjudications, and while the Board is empowered by s. 38 to make declaratory opinions in certain cases, some policy issues necessarily involve the use of the mechanisms provided for by ss. 27 and 35. I would only add that in a case like the present one, where a previous policy orientation is reversed, where the area concerned involves a void in the enabling statute, and where the question raised is of crucial importance to employers, unions and individual employees at large, the matter may more properly have been dealt with in a policy-making hearing.

IV

Conclusion and Disposition

From the foregoing, I conclude that, in allowing an employer to unilaterally impose the terms of employment upon the termination of a collective agreement subject only to an obligation to bargain in good faith, the Labour Relations Board of British Columbia interpreted the *Labour Code* in a patently unreasonable manner. In so doing, the Board committed a jurisdictional error and its decision cannot stand.

As a result, I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal, itself confirming Meredith J.'s order quashing the Board's decisions and remitting the matter to the Board for further consideration, the whole with costs.

Appeal allowed with costs. WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

des observations, ce qui permettrait à la Commission de rendre une décision de principe conforme à l'intérêt public et aux objectifs fondamentaux de la Loi. Ces dispositions traduisent l'intention du législateur de favoriser une large participation des personnes du milieu des relations du travail aux procédures qui mettent en cause des questions d'intérêt général. Même si des questions de principe peuvent se présenter sous certaines formes dans des litiges privés et que la Commission a le pouvoir, en vertu de l'art. 38, de prononcer des opinions déclaratoires dans des cas particuliers, certaines questions de principe supposent nécessairement le recours aux mécanismes prévus aux arts 27 et 35. J'ajouterais seulement que dans un cas comme celui dont nous sommes saisis, lorsqu'il y a un changement d'orientation de la politique suivie antérieurement, que le domaine en cause révèle une lacune dans la loi habilitante et que la question soulevée est d'une importance cruciale pour les employeurs, les syndicats et les employés en général, la question peut être tranchée de façon plus adéquate dans le cadre d'une audience visant l'établissement d'énoncés de politique.

IV

Conclusion et dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'en permettant à un employeur d'imposer unilatéralement des conditions de travail à l'expiration d'une convention collective, sous réserve uniquement de l'obligation de négocier de bonne foi, la Labour Relations Board of British Columbia a interprété le *Labour Code* d'une façon manifestement déraisonnable. Ce faisant, la Commission a commis une erreur de compétence et sa décision ne saurait être maintenue.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel qui a elle-même confirmé l'ordonnance du juge Meredith qui avait annulé les décisions de la Commission et renvoyé l'affaire devant la Commission pour nouvel examen, le tout avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent Canadian Association of Industrial, Mechanical & Allied Workers, Local 14: Rankin & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondent Industrial Relations Council of British Columbia: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée l'Association canadienne des travailleurs des industries mécaniques et assimilées, section locale 14: Rankin & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intimée l'Industrial Relations Council of British Columbia: Campney & Murphy, Vancouver.

Canadian Broadcasting Corporation
Appellant

v.

**SODRAC 2003 Inc. and
Society for Reproduction Rights of Authors,
Composers and Publishers in Canada
(SODRAC) Inc.** *Respondents*

and

**Centre for Intellectual Property Policy,
Ariel Katz, Samuelson-Glushko Canadian
Internet Policy and Public Interest Clinic,
Canadian Musical Reproduction
Rights Agency Ltd., Canadian Music
Publishers Association,
International Confederation of
Music Publishers, Music Canada,
International Federation of the
Phonographic Industry, Canadian Council
of Music Industry Associations,
Canadian Independent Music
Association and Association québécoise
de l'industrie du disque, du spectacle
et de la vidéo** *Intervenors*

INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORP. v.
SODRAC 2003 INC.

2015 SCC 57

File No.: 35918.

2015: March 16; 2015: November 26.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

*Intellectual property — Copyright — Licences — Col-
lective societies — SODRAC administering reproduction
rights as collective society — Application by SODRAC
to set terms and conditions of licence for reproduction
by CBC of musical works in SODRAC's repertoire from*

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

**SODRAC 2003 Inc. et
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs au Canada
(SODRAC) Inc.** *Intimées*

et

**Centre des politiques en propriété intellectuelle,
Ariel Katz, Clinique d'intérêt public
et de politique d'internet du Canada
Samuelson-Glushko, Agence canadienne
des droits de reproduction musicaux ltée,
Association canadienne des éditeurs
de musique, Confédération internationale
des éditeurs de musique, Music Canada,
Fédération internationale de
l'industrie phonographique, Conseil canadien
des associations de l'industrie musicale,
Association canadienne de la musique
indépendante et Association québécoise
de l'industrie du disque, du spectacle
et de la vidéo** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c.
SODRAC 2003 INC.

2015 CSC 57

N° du greffe : 35918.

2015 : 16 mars; 2015 : 26 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences
— Sociétés de gestion collective — SODRAC assurant la
gestion des droits de reproduction en tant que société de
gestion collective — Demande de la SODRAC de fixer
pour les années 2008 à 2012 les modalités d'une licence*

2008 to 2012 — CBC making ephemeral synchronization copies, including musical works, as producer and ephemeral broadcast-incidental copies, including musical works, as broadcaster — Synchronization copies made during production subject to licence — Whether broadcast-incidental copies engage reproduction right — If so, whether licence for broadcast-incidental copies should be implied in synchronization licences — If reproduction licence required for broadcast-incidental copies, whether Board erred in valuation of licence — Whether Board applied principles of technological neutrality and balance properly — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 3(1)(d).

Intellectual property — Copyright — Interim licences — Collective societies — Board decision setting terms and conditions of licence released after expiry of licence period — Board setting interim licence based on status quo — 2008-2012 licence selected as status quo — Whether Board erred in setting terms of interim licence — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, s. 66.51.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Copyright Board — Appropriate standard of review — Whether specific standard of review should be ascribed to each issue arising in decision under review.

CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. SODRAC is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. When broadcasters, including CBC, produce a program, they make several kinds of copies. “Synchronization copies” incorporate musical works into an audiovisual program. A “master copy” is the final copy created when synchronization is complete. CBC loads the master copy into its digital content management system and makes several copies of the completed program, and thus of the music incorporated into the program, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they are called “broadcast-incidental copies”.

de reproduction, par la SRC, d'œuvres musicales contenues dans le répertoire de la SODRAC — Copies de synchronisation éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que producteur, et copies accessoires de diffusion éphémères, incluant des œuvres musicales, créées par la SRC en tant que diffuseur — Copies de synchronisation créées en cours de production assujetties à une licence — Les copies accessoires de diffusion mettent-elles en jeu le droit de reproduction? — Si oui, y a-t-il lieu d'insérer des licences de synchronisation l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion? — Si une licence de reproduction est requise pour les copies accessoires de diffusion, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence? — La Commission a-t-elle appliqué correctement les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 3(1)d).

Propriété intellectuelle — Droit d'auteur — Licences provisoires — Sociétés de gestion collective — Décision de la Commission fixant les modalités d'une licence rendue après l'expiration de la licence — Modalités de la licence provisoire fixées par la Commission en fonction du statu quo — Statu quo fondé sur la licence 2008-2012 — La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire? — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 66.51.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Commission du droit d'auteur — Norme de contrôle applicable — Une norme de contrôle donnée doit-elle être assignée à chaque question que soulève la décision faisant l'objet du contrôle?

La SRC est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. La SODRAC est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Lorsque les diffuseurs, y compris la SRC, produisent une émission, ils font plusieurs sortes de copies. Les « copies de synchronisation » incorporent les œuvres musicales dans une émission audiovisuelle. La « copie maîtresse » est la copie finale créée une fois complété le processus de synchronisation. La SRC intègre la copie maîtresse dans son système de gestion du contenu numérique et confectionne plusieurs copies de l'émission complétée — et, par conséquent, de la musique que celle-ci contient — à des fins d'utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies sont appelées « copies accessoires de diffusion ».

Following *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, in which it was held that “ephemeral” copies engaged the reproduction right in s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* and that the right to make those copies is not implied by law in a broadcast licence, SODRAC began to differentiate between synchronization copies and copies made for other purposes. Initially, it granted free synchronization licences to licence holders, but it began asking producers to pay for those licences in or about 2006. In 2008, when SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC’s licence, SODRAC asked the Board to set the terms of a licence for November 14, 2008, to March 31, 2012. CBC argues that broadcast-incidentals copies do not engage the reproduction right, or, in the alternative, that if a licence covering broadcast-incidentals copies is required, it should be implied from its synchronization licences or the synchronization licences of third party producers.

In 2012, the Copyright Board held that CBC’s broadcast-incidentals copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidentals copying. The Board valued this licence based on a ratio used in the commercial radio context and found to be equally applicable to the television context. The Board later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

Held (Abella and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed; the 2008-2012 licence and the interim licence should both be set aside and the decisions of the Copyright Board should be remitted to the Board for reconsideration.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Because of the unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question at first instance, the standard of correctness applies

Suivant l’arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, dans lequel la Cour a statué que les copies « éphémères » mettent en jeu le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur* et qu’une licence de diffusion ne permet pas d’inférer en droit celui de faire de telles copies, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation des copies faites à d’autres fins. Elle a d’abord octroyé des licences de synchronisation gratuitement aux titulaires de licence, mais en 2006 ou vers 2006, elle a commencé à demander aux producteurs de payer ces licences. En 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d’en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC, la SODRAC a demandé à la Commission de fixer les modalités d’une licence pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. La SRC plaide que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction ou, à titre subsidiaire, que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s’inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers.

En 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de diffusion. La Commission a fixé la valeur de la licence en fonction d’un ratio utilisé antérieurement dans le contexte de la radio commerciale et qu’elle estimait également applicable au contexte télévisuel. La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l’expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d’appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

Arrêt (les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes) : Le pourvoi est accueilli; la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire sont annulées et les décisions de la Commission du droit d’auteur sont renvoyées devant elle pour un nouvel examen.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon et Côté : Étant donné le caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur

to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying. A standard of reasonableness applies to each of the remaining issues.

The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop* and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] S.C.R. 231, have refined the understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. Ephemeral copies are not exempted by ss. 30.8 and 30.9, and nothing in the text, context or legislative history of ss. 3(1), 30.8 or 30.9 supports the view that broadcast-incidental copies are not reproductions under the Act. While balance between user and right-holder interests and technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the Act.

The Board was also correct in finding that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC. The synchronization licences do not give any indication that they included the right to make broadcast-incidental copies. The separation of synchronization and broadcast-incidental licences does not offend technological neutrality. Recognizing production and broadcasting as distinct activities validly subject to disaggregated licences does not impose new layers of protections and fees based solely on technological change. Economic considerations also justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences.

un même point de droit, la norme de la décision correcte s'applique à l'égard de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC. La norme de la décision raisonnable s'applique à l'égard de chacune des autres questions.

La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à l'arrêt de la Cour dans *Bishop* et au régime législatif mis en place par la *Loi sur le droit d'auteur*. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, ont précisé la compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. Les copies éphémères ne sont pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9 et rien dans le libellé du par. 3(1) et des art. 30.8 et 30.9, dans leur contexte ou dans leur historique législatif n'étaye l'opinion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne constituent pas des reproductions au sens de la *Loi*. Bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l'utilisateur et de ceux du titulaire d'un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d'auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la *Loi*.

La Commission a également eu raison de conclure qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion. Les licences de synchronisation n'indiquent nulle part qu'il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. La distinction entre les licences de synchronisation et les licences accessoires de diffusion ne porte pas atteinte à la neutralité technologique. Reconnaître le caractère distinct de la production et de la diffusion justifiant l'octroi de licences distinctes n'impose pas de nouveaux paliers de protection et d'exigibilité d'une redevance sur le seul fondement d'un changement technologique. Des considérations économiques justifiaient aussi la pratique qui consiste à séparer la licence de synchronisation et les licences de copies accessoires de diffusion.

However, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation of this licence. The principle of technological neutrality recognizes that, absent parliamentary intent to the contrary, the Act should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, so the Board should compare the value derived from the use of reproduction in the old and new technologies in its valuation analysis.

To maintain a balance between user and right-holder interests, the Board must also assess the respective contributions of the user and the copyright-protected works to the value enjoyed by the user. It must have regard for factors it considers relevant in striking a balance between user and right-holder rights when fixing licence fees. Relevant factors will include the risks taken by the user, the extent of the investment made by the user in the new technology, and the nature of the copyright-protected work's use in the new technology.

The 2008-2012 licence is set aside as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incident copies and the decision of the Board in that regard is remitted to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance. The Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC. The Board did not compare the value contributed by the copyright-protected reproductions in the old and new technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its new technology, as required by the balance principle.

It was reasonable to use the interim licence to maintain the status quo and to use the 2008-2012 statutory licence

Cela dit, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour déterminer la valeur de cette licence. Selon le principe de neutralité technologique, en l'absence d'une intention contraire du législateur, la *Loi* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s'applique à l'évaluation d'une licence de reproduction, et la Commission devrait, dans son analyse de la valeur, comparer la valeur tirée de l'utilisation d'une reproduction au moyen de la technologie antérieure et la valeur tirée au moyen de la nouvelle technologie.

Afin de maintenir un équilibre entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur, la Commission doit aussi évaluer les contributions respectives de l'utilisateur et des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport à la valeur dont profite l'utilisateur. Lorsqu'elle fixe des redevances, elle doit tenir compte des facteurs qu'elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l'utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment les risques pris par l'utilisateur, l'ampleur de son investissement dans la nouvelle technologie ainsi que la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur dans la nouvelle technologie.

La licence 2008-2012 est annulée en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et la décision de la Commission à cet égard lui est renvoyée pour qu'elle procède à un nouvel examen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. La méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC. La Commission n'a pas comparé la valeur générée par les reproductions d'œuvres protégées lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu'elle utilise sa nouvelle technologie. Elle a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur par rapport au risque qu'a pris l'utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie nouvelle, tel que l'exige le principe de mise en équilibre.

Il était raisonnable d'utiliser la licence provisoire afin de maintenir le statu quo et d'utiliser la licence légale

as the status quo in this case. However, because the interim licence was based on the terms of the 2008-2012 licence, it is set aside and the Board's decision in that regard is also remitted for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

Finally, the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but the user retains the ability to accept or decline those terms.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable.

The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works, and obtaining a just reward for creators. Maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*. The question is how to preserve this balance in the face of new technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. The answer lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*.

A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality. Adopting a literal interpretation of the right in s. 3(1)(d) would leave no room for the principle of technological neutrality, which is rooted in the words "to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever". Technological neutrality ensures that copyright attaches to a particular activity based on the essential character of the activity or output, rather than to the process by which it occurs. Technological neutrality consists of media neutrality and functional equivalence. Media neutrality seeks to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies, preserving copyright not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive.

2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, puisque la licence provisoire reposait sur les modalités de la licence légale 2008-2012, elle est annulée et la décision de la Commission est également renvoyée pour nouvel examen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

Enfin, la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre d'accepter ou de refuser ces modalités.

La juge Abella (dissidente) : La décision de la Commission d'imposer des redevances pour les copies accessibles de diffusion était déraisonnable.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. Maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur*. Il faut se demander comment préserver cet équilibre face aux nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. La réponse repose sur l'application d'une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l'interprétation législative de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique. L'adoption d'une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)d) ne laissera aucune place pour le principe de neutralité technologique, qui émane des termes « produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité technologique garantit qu'une activité donnée est assujettie à un droit d'auteur en fonction du caractère essentiel de l'activité ou de son résultat plutôt que du processus par lequel elle survient. La neutralité technologique se compose de la neutralité du support et de l'équivalence fonctionnelle. La neutralité du support vise à assurer que la doctrine du droit d'auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies, en préservant le droit d'auteur non seulement sur le support sur lequel l'œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l'œuvre pourrait être exprimée. Dans la mesure où l'expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d'auteur rattaché à l'œuvre survivra.

Functional equivalence, on the other hand, focuses on what the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it. This leads to interpretations of the Act that give functionally equivalent technologies similar treatment. It also avoids imposing copyright liability on technologies and activities that only incidentally implicate copyright. This case involves an application of functional equivalence.

Broadcast-incidental copies are those created to achieve a broadcast by providing the necessary technical modalities. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the core activity of broadcasting. A broadcast-incidental copy is not transformed into a separate reproduction of the work simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. Broadcast-incidental copies do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

SODRAC holds only the reproduction rights in the works in its repertoire. It is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works, which are paid to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN). SODRAC is attempting to claim royalties in this case for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

Sections 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act* were a legislative response to this Court's holding in *Bishop*, which was based on a literal interpretation of s. 3(1)(d). It held that the licensing of a performance right did not implicitly authorize ephemeral recordings of the performance for the purposes of effecting the broadcast. These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* are far from representing the kind of express statutory language needed to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. They were meant to provide greater certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability and to maintain technological neutrality, not

Par ailleurs, le principe de l'équivalence fonctionnelle met l'accent sur la fonction de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement*, ce qui oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire. On évite également ainsi de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire. L'application du principe de l'équivalence fonctionnelle intervient en l'espèce.

Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser une diffusion en fournissant les modalités techniques nécessaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion. Une copie accessoire de diffusion ne devient pas une reproduction distincte de l'œuvre simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

La SODRAC est seulement titulaire des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire. Elle n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres; ces redevances sont versées à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN). En l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

Les articles 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* constituaient la réponse du législateur à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop*, laquelle reposait sur une interprétation littérale de l'al. 3(1)d). La Cour avait conclu que le fait de céder les droits d'exécution n'autorisait pas implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Elles visaient à assurer que certaines catégories d'enregistrements éphémères

to be a defining statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it.

The Federal Court of Appeal's suggestion that "more copies mean more value and thus, more royalties" violates technological neutrality by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies, by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user exercises the right that was bargained for, and by artificially raising the cost of broadcasting. It also fails to take account of the fact that broadcasters are required to make certain broadcast-incident copies in order to comply with CRTC regulations and that the CBC already pays royalty fees for broadcasting rights to SOCAN.

The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not on the technical modalities by which it is achieved. Modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies do not change the essence of the broadcasting activity, and imposing additional fees for such copies raises the cost of broadcasting, an expense the consumer will be made to bear. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies therefore penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Act*.

The majority's articulation and application of the principle of technological neutrality on the issue of valuation is wholly inconsistent with the established case law in that it ties copyright-holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works, and focuses the inquiry on the value that the technology is creating for the user. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright-holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. If this new second factor is followed

ne soient pas assujetties à des redevances et à maintenir la neutralité technologique, elles ne constituaient pas un énoncé précis du contenu du droit de reproduction ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir.

L'affirmation de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » contrevient au principe de neutralité technologique en imposant des redevances supplémentaires sur l'utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies, en liant erroneusement la rémunération des créateurs d'œuvres protégées par le droit d'auteur à l'efficacité avec laquelle l'utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé, et en augmentant artificiellement le coût de diffusion. En outre, cette affirmation ne tient pas compte du fait que les diffuseurs sont tenus d'effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC et que la SRC paie déjà à SOCAN des redevances pour les droits de diffusion.

Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Les technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires ne modifient pas le caractère essentiel du processus de diffusion, et l'imposition de frais additionnels pour ces copies augmente le coût de diffusion, une dépense que les consommateurs devront absorber. Imposer le versement de redevances pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise donc les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi*.

La façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'appliquent à la question de l'évaluation est complètement contraire à la jurisprudence établie en ce qu'elle lie la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes, et qu'elle fait porter l'examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur. Les juges majoritaires proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à la mise en équilibre des intérêts des utilisateurs et de ceux des titulaires du droit d'auteur : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de

to its logical conclusion, users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies. Focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as opposed to the functional result created by the technology, misconstrues technological neutrality. A technological innovation may well create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But SODRAC, the copyright holder, is not entitled to be compensated for how efficiently the CBC uses technology to achieve its broadcast.

The question of whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process, is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard. Extricating the various components of the Board's decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents a significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence. It risks creating an unworkable framework for the judicial review of administrative decision-making and may well be seen as a way to give reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions, as had been done in the pre-*Dunsmuir* era through the use of the "preliminary question doctrine".

Per Karakatsanis J. (dissenting): There is agreement with Abella J.'s decision on the merits and in the result, but not with her position on the standard of review. Instead, there is agreement with the majority's conclusion that the correctness standard applies to whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right and that the reasonableness standard applies to

son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Si l'on suit ce nouveau second facteur jusqu'à sa conclusion logique, les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque* droit que ce soit à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

Comme la Cour l'a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d'imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l'utilisateur uniquement parce qu'il utilise des technologies plus efficaces. Faire porter l'examen sur la valeur que crée la technologie pour l'utilisateur, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément le principe de neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l'utilisateur en augmentant l'efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais la SODRAC, le titulaire du droit d'auteur, n'a pas le droit de recevoir une compensation pour l'efficacité avec laquelle la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion.

La question de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Distinguer les diverses parties de la décision de la Commission et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle. Cet exercice risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives et pourrait bien être perçu comme une façon de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives, comme le permettait, avant l'arrêt *Dunsmuir*, l'application de la « doctrine de la condition préalable ».

La juge Karakatsanis (dissidente) : Je suis d'accord avec la décision de la juge Abella quant au fond et quant au résultat, mais non pour ce qui est de la norme de contrôle. Je suis plutôt d'accord avec les juges majoritaires pour dire que la norme de la décision correcte s'applique à la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, et que

the balance of the decisions of the Copyright Board. However, the general approach taken by the majority to their analysis of the standard of review is not endorsed. In this respect, although this Court's jurisprudence permits the isolation of a particular question of law on an exceptional basis, it does not require a separate standard of review analysis for each issue. An issue-by-issue approach, within each decision, unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

Cases Cited

By Rothstein J.

Applied: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, file No. 2001-2004, March 28, 2003 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470; *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348; *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

la norme de la décision raisonnable s'applique au reste des décisions de la Commission du droit d'auteur. Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par les juges majoritaires pour analyser la norme de contrôle. À cet égard, même si la jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement une question de droit en particulier, elle n'exige pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Une approche qui se penche sur les questions une à la fois complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts appliqués : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, n° de dossier 2001-2004, 28 mars 2003 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2003/20030328-rm-b.pdf>); *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l'égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2010/20100709.pdf>); *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891; *Ontario English Catholic Teachers' Assn. c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470; *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884; *Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348; *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109.

By Abella J. (dissenting)

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231; *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Robertson v. Thomson Corp.*, 2006 SCC 43, [2006] 2 S.C.R. 363; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 SCC 37, [2012] 2 S.C.R. 345; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Cinar Corporation v. Robinson*, 2013 SCC 73, [2013] 3 S.C.R. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2.4, 3(1), 30.7 [ad. 1997, c. 24, s. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20, summary.
Television Broadcasting Regulations, 1987, SOR/87-49, s. 10(5).

Authors Cited

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.
 Craig, Carys J. "Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

Citée par la juge Abella (dissidente)

Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231; *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, [2006] 2 R.C.S. 363; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CSC 37, [2012] 2 R.C.S. 345; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73, [2013] 3 R.C.S. 1168; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des olcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

Lois et règlements cités

Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, c. 20, sommaire.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 2.4, 3(1), 30.7 [aj. 1997, c. 24, art. 18(1)], 30.8 [idem], 30.9 [idem], 66.51, 66.6(1), 70.2, 70.4.
Règlement de 1987 sur la télédiffusion, DORS/87-49, art. 10(5).

Doctrine et autres documents cités

Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada, 19 mars 1992, art. 2.
 Craig, Carys J. « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian*

- Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. "The Future of Copyright", speech delivered at the Blue Sky Conference, Queensland University of Technology, Sydney, February 25, 2011 (online: http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).
- Hagen, Gregory R. "Technological Neutrality in Canadian Copyright Law", in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. "Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality" (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. "Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*" (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature?", in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*. Toronto: Irwin Law, 2009, 449.
- Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012*, file No. 70.2-2008-01, November 2, 2012, revised March 31, 2014, ss. 2.01, 5.03(2) (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. "The Next Great Copyright Act" (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Lanrent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3. Toronto: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtaash, Veronica. "Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada's Ephemeral Exception and the "Three-Step Test"" (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. "Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies" (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.
- Copyright Law*, Ottawa: University of Ottawa Press, 2013, 271.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Gurry, Francis. « L'avenir du droit d'auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference, Université de technologie du Queensland, Sydney, 25 février 2011 (en ligne : http://www.wipo.int/about-wipo/fr/dgo/speeches/dg_blueskyconf_11.html).
- Hagen, Gregory R. « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2013, 307.
- Hutchison, Cameron J. « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589.
- Hutchison, Cameron J. « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101.
- Katz, Ariel. « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by the Economic Literature? », in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property*, Toronto, Irwin Law, 2009, 449.
- Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012*, n° de dossier 70.2-2008-01, 2 novembre 2012, révisé 31 mars 2014, art. 2.01, 5.03(2) (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/licence-src-modifiee.pdf>).
- McKeown, John S. *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2012 (loose-leaf updated 2015, release 4).
- Pallante, Maria A. « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315.
- Richard, Hugues G., and Laurent Carrière et al., eds. *Canadian Copyright Act Annotated*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2015, release 8).
- Syrtaash, Veronica. « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada's Ephemeral Exception and the "Three-Step Test" » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521.
- Tussey, Deborah. « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427.
- Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2011.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] F.C.J. No. 321 (QL), 2014 CarswellNat 808 (WL Can.), setting aside in part a decision of the Copyright Board of Canada, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), and affirming a decision of the Copyright Board of Canada, file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Appeal allowed, Abella and Karakatsanis JJ. dissenting.

Marek Nitoslowski and Joanie Lapalme, for the appellant.

Colette Matteau and Lisane Bertrand, for the respondents.

Howard P. Knopf, David Lametti and Ariel Katz, for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz.

David Fewer and Jeremy de Beer, for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

Casey M. Chisick, Peter J. Henein and Eric Mayzel, for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers.

Barry B. Sookman and Daniel G. C. Glover, for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509, 457 N.R. 156, 118 C.P.R. (4th) 79, [2014] A.C.F. n° 321 (QL), 2014 CarswellNat 809 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossiers n°s 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2012/DecisionSODRAC5andArbitration02-11-2012.pdf>), [2012] C.B.D. No. 11 (QL), et confirmé une décision de la Commission du droit d'auteur du Canada, dossier n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2013/sodrac-16012013.pdf>). Pourvoi accueilli, les juges Abella et Karakatsanis sont dissidentes.

Marek Nitoslowski et Joanie Lapalme, pour l'appelante.

Colette Matteau et Lisane Bertrand, pour les intimées.

Howard P. Knopf, David Lametti et Ariel Katz, pour les intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz.

David Fewer et Jeremy de Beer, pour l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko.

Casey M. Chisick, Peter J. Henein et Eric Mayzel, pour les intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux Itée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique.

Barry B. Sookman et Daniel G. C. Glover, pour les intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Broadcasting a program that uses copyright-protected music engages the right to communicate the work to the public by telecommunication — a right that rests exclusively with the copyright holder for that musical work. Thus, broadcasters must secure a licence to communicate the work. Broadcasting activities are complex, however, and broadcasters often engage not only in the telecommunication of musical works as part of the airing of a program, but also in making copies of programs, and thus of the music incorporated therein, for internal use. Where these copies are made to facilitate broadcasting, they may be described as broadcast-incidental copies.

[2] Making copies of a copyright-protected work implicates the reproduction right, which also rests exclusively with the copyright holder. This case concerns the relationship between broadcast-incidental copies and the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

[3] In 2012, the Copyright Board, in setting the terms of a licence between Canadian Broadcasting Corporation (“CBC”) and SODRAC 2003 Inc. and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (collectively, “SODRAC”) for the 2008-2012 period, held that CBC’s broadcast-incidental copying activity engaged the reproduction right, that a licence for such copies could not be implied from synchronization licences covering the production process, and that CBC required a separate reproduction licence to legitimize its broadcast-incidental copying. The Board further found that the appropriate valuation for this licence was more than nominal, and issued a licence authorizing CBC to reproduce works in the SODRAC repertoire in conjunction

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La diffusion d’une émission incorporant une musique protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de communiquer l’œuvre au public par voie de télécommunication — un droit qui appartient exclusivement au titulaire du droit d’auteur sur l’œuvre musicale en question. C’est pour cette raison que les diffuseurs qui communiquent l’œuvre doivent obtenir une licence. Cela dit, les activités de diffusion sont complexes, et il arrive souvent que les diffuseurs non seulement effectuent la télécommunication d’œuvres musicales dans le cadre de la diffusion d’une émission, mais aussi confectionnent des copies d’émissions — et, par conséquent, de la musique que celles-ci contiennent — à des fins d’utilisation interne. Dans les cas où elles visent à faciliter la diffusion, ces copies peuvent être qualifiées de copies accessoires de diffusion.

[2] La confection de copies d’une œuvre protégée par un droit d’auteur met en jeu le droit de reproduction, qui appartient, lui aussi, exclusivement au titulaire du droit d’auteur. Le présent pourvoi porte sur le rapport qui existe entre les copies accessoires de diffusion et le droit de reproduction visé à l’al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42 (« LDA » ou « Loi »).

[3] Lorsqu’en 2012, elle a été appelée à fixer les modalités afférentes à la licence conclue entre la Société Radio-Canada (« SRC ») et la SODRAC 2003 Inc. ainsi que la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (collectivement « SODRAC ») pour la période de 2008 à 2012, la Commission du droit d’auteur a conclu que l’activité de la SRC consistant à faire des copies accessoires de diffusion mettait en cause le droit de reproduction. En outre, selon elle, on ne pouvait inférer des licences de synchronisation visant le processus de production l’existence d’une licence permettant à la SRC de faire de telles copies. Ainsi, pour la Commission, la SRC devait obtenir une licence de reproduction distincte pour légitimer ses activités de confection de copies accessoires de

with a list of activities, including the production of CBC's in-house programs and the broadcasting of programs on CBC's television services and on the Internet: *Licence authorizing the Canadian Broadcasting Corporation to reproduce works in the repertoire of SODRAC for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012* (online) ("2008-2012 statutory licence" or "2008-2012 licence"), s. 2.01.

[4] It later issued an interim licence to take effect after the expiry of the 2008-2012 licence that extended the terms of that licence on an interim basis, subject to minor modifications. The Federal Court of Appeal upheld both the 2008-2012 licence and the interim licence that followed, subject to minor amendments.

[5] The Board was correct in finding that broadcast-incidental copying engages the reproduction right, consistent with this Court's decision in *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, and the context of the statutory scheme set out in the *Copyright Act*. Though this Court's subsequent decisions in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, and *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231 ("ESA"), have refined our understanding of the purposes of copyright law, the central holding in *Bishop*, that ephemeral copies engage the reproduction right, remains sound. I further agree with the Board and the Federal Court of Appeal that a licence to make broadcast-incidental copies should not be implied from synchronization licences issued by SODRAC.

[6] However, in my respectful opinion, the Board erred in failing to consider the principles of technological neutrality and balance in setting the valuation

diffusion. Après avoir conclu également qu'il convenait d'attribuer à cette licence une valeur plus que symbolique, la Commission a octroyé à la SRC une licence l'autorisant à reproduire des œuvres tirées du répertoire de la SODRAC en conjonction avec une liste d'activités, y compris la production des émissions maison de la SRC et la diffusion d'émissions sur ses services de télévision et sur Internet : *Licence autorisant la Société Radio-Canada à reproduire les œuvres faisant partie du répertoire de la SODRAC entre le 14 novembre 2008 et le 31 mars 2012* (en ligne) (« licence légale 2008-2012 » ou « licence 2008-2012 »), art. 2.01.

[4] La Commission a subséquemment délivré une licence provisoire devant prendre effet après l'expiration de la licence 2008-2012 et proroger les modalités de cette dernière à titre provisoire, sous réserve de modifications mineures. La Cour d'appel fédérale a maintenu la licence 2008-2012 ainsi que la licence provisoire qui a suivi, sous réserve de modifications mineures.

[5] La Commission a conclu à juste titre que l'activité consistant à faire des copies accessoires de diffusion met en cause le droit de reproduction, une décision conforme à la décision de la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, et avec le régime législatif mis en place par la LDA. Si les décisions rendues subséquemment par la Cour dans les arrêts *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, et *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231 (« ESA »), ont précisé notre compréhension des objectifs du droit d'auteur, la conclusion centrale de l'arrêt *Bishop*, soit que les copies éphémères mettent en cause le droit de reproduction, demeure valide. En outre, j'estime, à l'instar de la Commission et de la Cour d'appel fédérale, qu'il faut se garder d'inférer des licences de synchronisation octroyées par la SODRAC l'existence de licences autorisant la confection de copies accessoires de diffusion.

[6] Cela dit, à mon avis, la Commission aurait dû prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour

of this licence. I would remit this matter to the Board for reconsideration of the valuation of the 2008-2012 licence for CBC's television and Internet broadcast- incidental copies applying the principles of technological neutrality and balance. Because the interim licence that followed was based on the terms of the 2008-2012 licence, I would also set it aside and remit it for redetermination.

I. Facts

[7] The appellant CBC is both a producer and a broadcaster of television programs: it broadcasts its own original programs as well as those that it has licensed or bought from third parties, and it shows these programs on television and the Internet. Where a program contains copyright-protected musical works, CBC must ensure that it has secured all necessary licences for that work in order to reproduce and broadcast the work as part of a television program. Production and broadcasting may implicate both reproduction and the telecommunication rights in a work. This appeal is concerned primarily with the reproduction right established by s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

[8] The respondent the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. is a collective society organized to manage the reproduction rights of its members. Its focus is on French-language music reproduction rights. Its members assign their reproduction rights to the collective society, which then stands in place of individual right holders in negotiations with parties who seek permission to reproduce works in its repertoire. This repertoire comprises the majority of French-language works written by Canadians.

déterminer la valeur de cette licence. Ainsi, je suis d'avis de lui renvoyer le dossier pour qu'elle applique ces principes dans le cadre d'un nouvel examen de la valeur de la licence 2008-2012 pour les copies accessoires de diffusion aux fins des services de télévision et sur Internet de la SRC. Puisqu'elle reposait sur les modalités de la licence 2008-2012, j'estime que la licence provisoire délivrée subséquentement doit être annulée et renvoyée devant la Commission pour faire l'objet d'une nouvelle décision.

I. Faits

[7] L'appelante, la SRC, est à la fois un producteur et un diffuseur d'émissions de télévision : elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que celles qui lui sont cédées par licence ou qu'elle achète auprès de tierces parties, et elle le fait à la télévision et sur Internet. Lorsqu'une émission contient des œuvres musicales protégées par un droit d'auteur, la SRC doit veiller à obtenir toutes les licences nécessaires relativement à ces œuvres pour pouvoir en effectuer la reproduction et la diffusion dans le cadre d'une émission de télévision. La production et la diffusion peuvent mettre en cause à la fois le droit de reproduction et le droit de télécommunication d'une œuvre. Le présent pourvoi s'intéresse principalement au droit de reproduction visé à l'al. 3(1)d) de la *LDA*.

[8] L'intimée la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. est une société collective constituée pour assurer la gestion des droits de reproduction de ses membres. Elle s'intéresse surtout aux droits de reproduction de la musique de langue française. Ses membres lui cèdent leurs droits de reproduction, puis elle agit pour le compte des titulaires de droits individuels dans le cadre des négociations qu'elle mène avec des parties qui souhaitent obtenir la permission de reproduire des œuvres comprises dans son répertoire. Ce dernier comprend la majorité des œuvres de langue française composées par des Canadiens.

A. *Synchronization Copies and Broadcast-Incidental Copies*

[9] A producer who wishes to use a musical work in an audiovisual program must incorporate that work into the production copy of the program, a process known in the industry as “synchronization”. The parties do not dispute that the synchronization process is an exercise of the reproduction right, and thus requires a licence if the musical work being incorporated is under copyright. Once the synchronization process is complete, the final product is referred to as a “master” copy. Where the producer is not also a broadcaster, this copy is then passed on once the program has been sold or licensed to a broadcaster.

[10] Once CBC is in possession of the master copy of a program, whether it has been produced in-house or by an independent producer, the master copy is loaded into CBC’s digital content management system, a practice that has become widespread among broadcasters in recent years. Digital systems generally involve the storage of copies as electronic files on hard drives, while older analog systems stored copies on physical tapes. CBC makes use of its digital content management system to perform a number of functions that help prepare a program for broadcast.

[11] These processes result in the creation of several copies, which are at the heart of this appeal. The parties refer to these copies as “broadcast-incidental copies”. Broadcast-incidental copies may be made for several purposes. For example, a copy may be made to reformat the master copy to suit CBC’s technical requirements, or to edit the copy for timing, language or closed captioning purposes. One or more additional copies may also be made to allow for screening of the program by various teams within CBC before broadcast.

A. *Les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion*

[9] Le producteur qui souhaite se servir d’une œuvre musicale dans une émission audiovisuelle doit incorporer cette œuvre dans la copie de production de l’émission, un processus que les initiés appellent la « synchronisation ». Les parties ne contestent pas que le processus de synchronisation constitue un exercice du droit de reproduction et qu’il requière l’octroi d’une licence si l’œuvre musicale qui est incorporée est protégée par un droit d’auteur. Le produit créé grâce au processus de synchronisation est appelé la copie « maîtresse ». Si le producteur n’est pas un diffuseur, cette copie est transmise lors de la vente ou de la concession en licence de l’émission à un diffuseur.

[10] Dès qu’elle est en possession de la copie maîtresse d’une émission — que celle-ci ait été conçue à l’interne ou par un producteur indépendant —, la SRC l’intègre dans son système de gestion du contenu numérique, une pratique qui s’est répandue chez les diffuseurs au cours des dernières années. Les systèmes numériques supposent généralement que des copies soient entreposées sur des disques durs sous forme de fichiers électroniques, tandis que les systèmes analogiques plus anciens supposaient un entreposage des copies sur des rubans physiques. La SRC se sert de son système de gestion du contenu numérique pour exécuter un certain nombre de fonctions dans le cadre de la préparation d’une émission en vue de sa diffusion.

[11] Ces processus donnent lieu à la création de plusieurs copies, celles qui sont au cœur du présent pourvoi. Les parties les appellent : « copies accessoires de diffusion ». Celles-ci peuvent être faites à plusieurs fins, par exemple pour reformater la copie maîtresse afin qu’elle corresponde aux exigences techniques de la SRC, ou encore pour la modifier à des fins de synchronisation, de langue ou de sous-titrage codé. Une ou plusieurs copies supplémentaires peuvent aussi être faites pour que diverses équipes de la SRC puissent visionner l’émission avant sa diffusion.

B. *Licensing Practices*

[12] Broadly speaking, reproduction licences may take two forms: transactional or blanket. In a transactional licence, a prospective user seeks out the holder of the reproduction right in a particular work that the producer wishes to include in a program and negotiates an individual licence agreement. Blanket licences are negotiated between a producer and a collective society, and grant the producer the right to reproduce all works within the collective's repertoire, subject to the negotiated terms of the licence.

[13] Parties negotiating a reproduction licence may also choose to structure it as a "through-to-the-viewer" licence, in which the right holder grants the authority to make all reproductions necessary to take a program from production through to its ultimate broadcast to viewers. Alternately, they may choose to structure it as a "bare" synchronization licence, which grants the authority to make synchronization copies but does not cover additional copies made to facilitate broadcasting: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) ("Statutory Licence Decision"), at paras. 15-16. As will be discussed below, however, CBC disputes whether bare synchronization licences are possible, or whether they must include an implied licence to make broadcast-incidental copies.

[14] Where CBC acts as a producer, its practice has been to seek transactional synchronization licences from individual right holders where possible. When synchronizing French-language music, SODRAC exercises collective authority over the substantial majority of such works, and CBC has used blanket licences. Where CBC acts as a broadcaster of third party programs, it does not seek synchronization licences, as those licences will have

B. *Les pratiques de concession de licences*

[12] De façon générale, les licences de reproduction peuvent revêtir deux formes : soit elles sont ponctuelles, soit elles sont générales. Dans le cas d'une licence ponctuelle, l'utilisateur éventuel s'adresse au titulaire du droit de reproduction d'une œuvre en particulier que le producteur souhaite inclure dans une émission et il négocie un accord de licence individuel. Pour sa part, une licence générale est négociée entre un producteur et une société de gestion et elle accorde au producteur le droit de reproduire toutes les œuvres comprises dans le répertoire collectif, sous réserve des modalités négociées prévues dans la licence.

[13] Les parties qui négocient une licence de reproduction peuvent aussi choisir de structurer celle-ci comme une licence « libre de tous droits ». Dans ce cas, le titulaire d'un droit accorde l'autorisation de faire toutes les reproductions nécessaires pour mener une émission de l'étape de la production jusqu'à celle de sa diffusion à l'intention des téléspectateurs. Les parties peuvent également choisir de structurer cette licence comme une « simple » licence de synchronisation. Dans ce cas, le texte accorde l'autorisation de faire des copies de synchronisation, mais ne couvre pas les copies supplémentaires visant à faciliter la diffusion : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers nos 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (« Décision sur la licence légale »), par. 15-16. Ainsi qu'il en sera question plus loin, la SRC conteste que les simples licences de synchronisation en question puissent exister, et en infère que les licences de synchronisation sont nécessairement assorties d'une licence implicite de faire des copies accessoires de diffusion.

[14] Si elle agit à titre de productrice, la SRC a comme pratique de tenter d'obtenir, dans la mesure possible, des licences de synchronisation ponctuelles auprès de chacun des titulaires d'un droit. Lorsqu'elle synchronise de la musique de langue française, la SRC utilise des licences générales, la SODRAC exerçant un pouvoir collectif à l'égard d'une importante majorité de telles œuvres. Lorsqu'elle agit à titre de diffuseur d'émissions de

been obtained by the producer before the final master copy of the program is handed over to CBC.

[15] The issues in dispute on appeal arise in part from the history of dealings between CBC and SODRAC with regard to reproduction licences. It is helpful to review this history in understanding the arguments presented by both parties.

[16] In 1990, this Court, per McLachlin J. (as she then was), issued its decision in *Bishop*, holding that “the right to broadcast a performance under s. 3(1) of the Act does not include the right to make ephemeral recordings for the purpose of facilitating the broadcast”: p. 485. Thus, reproductions made to facilitate broadcasting need to be authorized separate from the authorization to broadcast a performance to the public.

[17] Following *Bishop*, in 1992, CBC and SODRAC first entered into a negotiated licence agreement permitting CBC to make synchronization copies and other reproductions of works within the SODRAC repertoire: *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, March 19, 1992 (“1992 Licence”), A.R., vol. IV, at p. 1. This agreement did not disaggregate synchronization copies and broadcast-incidental copies, but rather granted to CBC the authority to make any copies of works in SODRAC’s repertoire in connection with its broadcasting activities: 1992 Licence, art. 2. The 1992 Licence was thus a blanket, through-to-the-viewer licence. This licence also extended upstream authorization to third party producers to make synchronization copies in works commissioned for broadcast by CBC: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[18] In 1998, SODRAC began to differentiate between synchronization copies made by producers

tierces parties, la SRC ne tente pas d’obtenir de licences de synchronisation, car celles-ci ont déjà été obtenues par le producteur avant que la copie maîtresse définitive de l’émission ne lui soit remise pour qu’elle la diffuse.

[15] Les questions en litige en appel découlent en partie de l’historique des ententes conclues entre la SRC et la SODRAC en ce qui concerne les licences de reproduction. Il est utile de passer cet historique en revue pour comprendre les arguments avancés par l’une et l’autre partie.

[16] En 1990, sous la plume de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), la Cour a rendu dans *Bishop* une décision selon laquelle « le droit de diffuser l’exécution d’une œuvre en vertu du par. 3(1) de la Loi ne comporte pas le droit de faire des enregistrements éphémères afin de faciliter la radiodiffusion » : p. 485. Ainsi, l’autorisation d’effectuer des reproductions visant à faciliter la diffusion doit être accordée séparément de l’autorisation de diffuser une exécution à l’intention du public.

[17] En 1992, la SRC et la SODRAC ont, dans un premier temps, conclu un accord de licence négocié permettant à la SRC de faire des copies de synchronisation et autres reproductions d’œuvres comprises dans le répertoire de la SODRAC : *Convention concernant la télévision et la radio entre la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada*, 19 mars 1992 (« Licence 1992 »), d.a., vol. IV, p. 1. Plutôt que d’établir une distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion, cette convention permettait à la SRC de faire tous types de copies d’œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour ses activités de diffusion : Licence 1992, art. 2. Cette licence était donc une licence générale, libre de tous droits. Elle avait également pour effet d’accorder aux producteurs tiers l’autorisation en amont de faire des copies de synchronisation d’œuvres commandées pour télédiffusion par la SRC : Décision sur la licence légale, par. 72.

[18] En 1998, la SODRAC a commencé à distinguer les copies de synchronisation effectuées par

and copies for other purposes made by broadcasters. It did so by announcing its intent to require producers to obtain synchronization licences, though it granted such licences for free where programs were commissioned by broadcasters who held licences to SODRAC's repertoire, on the understanding that the broadcaster had paid for the licence necessary to cover the producer's copying: Statutory Licence Decision, at para. 72.

[19] In or about 2006, SODRAC began asking producers to pay for their synchronization licences. These licences were structured to permit producers to make synchronization copies, but virtually all of them expressly barred producers from authorizing further downstream copying by broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[20] In November 2008, after SODRAC and CBC were unable to come to an agreement for the renewal of CBC's existing licence, SODRAC asked the Board, pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*, to set the terms of a licence between the parties covering the reproduction by CBC of works in SODRAC's repertoire for the period from November 14, 2008 to March 31, 2012: Statutory Licence Decision, at para. 3.

II. Proceedings Below

A. *Statutory Licence Decision*

[21] The Board issued its decision regarding the terms of the 2008-2012 statutory licence between CBC and SODRAC on November 2, 2012. This decision also set the terms of a licence between Les Chaînes Télé Astral and Telctoon ("Astral") and SODRAC, and of a tariff covering certain reproduction activities related to the distribution of cinematographic works. Neither the Astral licence nor the tariff is at issue before this Court.

les producteurs des copies faites à d'autres fins par les diffuseurs. En effet, elle a fait part de son intention d'exiger des producteurs qu'ils obtiennent des licences de synchronisation, bien qu'elle ait octroyé de telles licences gratuitement lorsque les émissions étaient commandées par des diffuseurs détenant des licences à l'égard du répertoire de la SODRAC, étant entendu que ceux-ci avaient payé la licence dont ils avaient besoin pour couvrir les activités de confection de copies du producteur : Décision sur la licence légale, par. 72.

[19] En 2006 ou vers 2006, la SODRAC a commencé à demander aux producteurs de payer leurs licences de synchronisation. Ces licences étaient structurées de manière à permettre aux producteurs de faire des copies de synchronisation, mais pour ainsi dire toutes ces licences leur interdisaient expressément d'autoriser la confection en aval de copies supplémentaires par les diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 73.

[20] En novembre 2008, après que la SODRAC et la SRC eurent été incapables d'en arriver à une entente sur le renouvellement de la licence de la SRC existante, la SODRAC a demandé à la Commission, en application de l'art. 70.2 de la *LDA*, de fixer les modalités d'une licence entre les parties couvrant la reproduction par la SRC d'œuvres relevant du répertoire de la SODRAC pour la période allant du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012 : Décision sur la licence légale, par. 3.

II. Les instances inférieures

A. *Décision sur la licence légale*

[21] La Commission a rendu sa décision sur les modalités de la licence légale 2008-2012 entre la SRC et la SODRAC le 2 novembre 2012. Dans cette décision, elle a également fixé les modalités d'une licence conclue entre Les Chaînes Télé Astral et Télctoon (« Astral ») et la SODRAC ainsi que le tarif couvrant certaines activités de reproduction relatives à la distribution d'œuvres cinématographiques. Ni la licence d'Astral ni le tarif ne sont en litige devant la Cour.

[22] The Board conducted its analysis from the understanding that broadcast-incidental copies are reproductions within the meaning of the *Copyright Act*, and that they are not subject to an exception for ephemeral copies under the Act: see Statutory Licence Decision, at paras. 12 and 72.

[23] CBC and Astral argued in part that SODRAC's layered licence strategy — under which both producers and broadcasters would each be expected to pay a licence fee for their respective reproduction activities — went against prevailing industry practice, and was inconsistent with a through-to-the-viewer licensing approach: Statutory Licence Decision, at paras. 41-42 and 65. The Board remarked that the focus in this proceeding “must be to a large extent on SODRAC's practices”: Statutory Licence Decision, at para. 64. Broader licensing practices were relevant, but not dispositive.

[24] The Board found that “outright [through-to-the-viewer] buyouts are not the dominant model in Canada”, and that SODRAC “has issued few, if any, through-to-the-viewer [licences]”: Statutory Licence Decision, at para. 71. Thus, the Board did not find that the weight of industry practice or of SODRAC's past practices established through-to-the-viewer licensing as a binding norm that would invalidate a layered approach to licensing.

[25] The Board turned to the question of how royalty payments under the licence should be valued. Regarding the relationship between technological innovation and licence valuation, the Board observed that

[t]he adoption of copy-dependent technologies allows broadcasters to remain competitive and to protect their core business even when it does not generate direct profits.

[22] La Commission a procédé à son analyse étant entendu que les copies accessoires de diffusion sont des reproductions au sens de la *LDA* et qu'elles ne sont pas visées par une exception touchant les copies éphémères prévue par la *Loi* : Décision sur la licence légale, par. 12 et 72.

[23] La SRC et Astral ont fait valoir notamment que la stratégie de la SODRAC d'octroyer des licences à plusieurs niveaux — suivant laquelle tant les producteurs que les diffuseurs doivent acquitter des redevances pour mener leurs activités de reproduction respectives — ne concordait pas avec la pratique en vigueur dans ce secteur d'activités et n'était pas conforme à une méthode de concession de licences libres de tous droits : Décision sur la licence légale, par. 41-42 et 65. La Commission a fait remarquer que, dans l'instance qui nous intéresse, « il faut s'attacher principalement aux pratiques de la SODRAC » : Décision sur la licence légale, par. 64. En outre, selon la Commission, si elles sont pertinentes, les pratiques plus générales de concession de licences ne tranchent cependant pas le débat.

[24] La Commission a conclu que « les licences définitives [libres de tous droits] ne constituent pas le modèle dominant au Canada » et que la SODRAC « a délivré très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits » : Décision sur la licence légale, par. 71. Donc, selon la Commission, ni le poids de la pratique dans ce domaine d'activités ni celui des pratiques passées de la SODRAC ne permettraient de revêtir l'octroi de licences libres de tous droits du caractère d'une norme obligatoire qui invaliderait la méthode de concession de licences à plusieurs niveaux.

[25] La Commission s'est ensuite penchée sur la manière de déterminer les redevances payables en application de la licence. En ce qui concerne la relation entre l'innovation technologique et l'évaluation de la licence, la Commission a signalé ce qui suit :

L'adoption de technologies nécessitant la réalisation de copies permet aux télédiffuseurs de demeurer concurrentiels et de protéger leurs activités principales même

These technologies are necessary for Astral and CBC to remain relevant so that services continue to be seen by the public. These are clear benefits arising from the copy-dependant technologies. Since these technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies. [Endnote omitted; para. 81.]

[26] The Board set out its analysis of the appropriate valuation of the royalties covering CBC's television-related copying activity. Regarding the broadcast-incidental copies at issue before this Court, the Board employed a ratio methodology and found that the appropriate royalty payable to SODRAC for these reproductions was to be determined as a percentage of the royalties CBC paid to secure communication rights for music that it broadcast on radio and television: Statutory Licence Decision, at paras. 108-9. The Board applied its reasoning regarding television broadcast-incidental copies to copies related to Internet delivery as well: Statutory Licence Decision, at para. 148.

B. *Interim Licence Decision*

[27] Following the release of its final decision regarding the 2008-2012 licence, the Board issued an interim decision in January 2013 extending the terms of the 2008-2012 licence on an interim basis pending the Board's final determination of appropriate licence terms for the period from April 1, 2012 to March 31, 2016: Copyright Board file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online) ("Interim Licence Decision").

[28] In the Interim Licence Decision, the Board observed that "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo while avoiding a legal vacuum", though circumstances may sometimes warrant a departure from the status quo: Interim Licence Decision, at para. 18. The Board then found that the 2008-2012

lorsque ces copies ne génèrent pas de bénéfices directs. Astral et la SRC ont besoin de ces technologies pour demeurer pertinents et que le public continue de les visionner. Il s'agit de nets bénéfices découlant de technologies nécessitant la réalisation de copies. Puisque ces technologies supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. [Note en fin d'ouvrage omise; par. 81.]

[26] La Commission a énoncé son analyse de l'évaluation applicable des redevances couvrant la confection pour la télévision de copies par la SRC. En ce qui concerne les copies accessoires de diffusion en cause devant la Cour, la Commission a retenu une méthodologie privilégiant le ratio et en est arrivée à la conclusion que les redevances payables à la SODRAC au titre de ces reproductions devaient être fixées en tant que pourcentage des redevances que la SRC avait dû verser pour obtenir le droit de communiquer la musique qu'elle diffusait à la radio et à la télévision : Décision sur la licence légale, par. 108-109. La Commission a appliqué aux copies se rapportant à la diffusion sur Internet le même raisonnement qu'elle a suivi à l'égard des copies accessoires de diffusion télévisuelle : Décision sur la licence légale, par. 148.

B. *Décision sur la licence provisoire*

[27] Après avoir rendu une décision finale sur la licence 2008-2012, soit en janvier 2013, la Commission a rendu une décision provisoire qui maintenait l'effet des modalités de la licence 2008-2012 à titre provisoire jusqu'à ce qu'elle se prononce définitivement sur les modalités dont il fallait assortir la licence pour la période allant du 1^{er} avril 2012 au 31 mars 2016 : dossier de la Commission du droit d'auteur n° 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne) (« Décision sur la licence provisoire »).

[28] Dans la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer que « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », bien que les circonstances puissent parfois justifier une dérogation au *statu quo* : Décision sur la licence provisoire, par. 18. La Commission

licence was a more appropriate representation of the status quo than the 1992 agreement that preceded it: Interim Licence Decision, at para. 19.

[29] Accordingly, the terms of the 2008-2012 licence were used to frame the interim licence. This structure included, among other things, a blanket synchronization fee, despite CBC's expressed desire to move to a transactional model: Interim Licence Decision, at para. 8.

C. Federal Court of Appeal, 2014 FCA 84, [2015] 1 F.C.R. 509 ("FCA Decision")

[30] The principal argument before the Federal Court of Appeal concerned whether the Board's Statutory Licence Decision was inconsistent with the principle of technological neutrality as discussed by this Court in *ESA*: FCA Decision, at para. 26.

[31] In analyzing the Board's approach to valuing broadcast-incidental copies, the Federal Court of Appeal cited as a fundamental proposition the notion that,

if technological advances require the making of more copies of a musical work in order to get an audiovisual work that incorporates it to market, those additional copies add value to the enterprise. As a result, they attract additional royalties, not necessarily on a per-copy basis but on the basis of the additional value generated by those copies. Simply put, more copies mean more value and thus, more royalties. [para. 28]

It discussed the statements in *ESA* concerning the nature of technological neutrality, but did not find sufficient guidance to warrant its application to the facts of this case: paras. 40 and 44.

[32] The Federal Court of Appeal affirmed the Board's Statutory Licence Decision, subject to one

a ensuite conclu que la licence 2008-2012 représentait davantage le statu quo que l'accord de 1992 qui l'avait précédée : Décision sur la licence provisoire, par. 19.

[29] Les modalités de la licence 2008-2012 ont donc servi à encadrer la licence provisoire. Cette structure incluait entre autres choses des frais généraux de synchronisation, en dépit de la volonté exprimée par la SRC d'adhérer à un modèle ponctuel : Décision sur la licence provisoire, par. 8.

C. Cour d'appel fédérale, 2014 CAF 84, [2015] 1 R.C.F. 509 (« Décision de la CAF »)

[30] Le principal argument avancé devant la Cour d'appel fédérale posait la question de savoir si la Décision sur la licence légale de la Commission allait à l'encontre du principe de neutralité technologique que la Cour a formulé dans l'arrêt *ESA* : Décision de la CAF, par. 26.

[31] Dans son analyse de la méthode d'évaluation des copies accessoires de diffusion retenue par la Commission, la Cour d'appel fédérale a cité comme étant une proposition fondamentale la notion selon laquelle,

si l'évolution technologique fait en sorte qu'il est nécessaire de faire plus de copies d'une œuvre musicale afin que l'œuvre audiovisuelle dans laquelle cette œuvre musicale est incorporée puisse être vendue, ces copies additionnelles ajoutent à la valeur de l'entreprise. Elles donnent donc droit à des redevances additionnelles qu'il ne convient pas nécessairement de calculer selon un taux par copie, mais plutôt selon un taux fondé sur la valeur additionnelle générée par ces copies. En termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances. [par. 28]

Si elle a analysé les remarques formulées dans l'arrêt *ESA* sur la nature de neutralité technologique, la Cour d'appel fédérale n'y a cependant pas vu suffisamment d'indications justifiant son application aux faits de la présente affaire : par. 40 et 44.

[32] La Cour d'appel fédérale a confirmé la Décision sur la licence légale de la Commission, sous

technical amendment to the discount formula intended to capture CBC's use of songs already subject to through-to-the-viewer licences: paras. 78-82. The court also affirmed the Board's Interim Licence Decision: paras. 93-94.

III. Issues

[33] This appeal raises the following issues:

- (1) What is the appropriate standard of review?
- (2) Do broadcast-incidentals copies engage the reproduction right, and if so, should a licence for such copies be implied in synchronization licences?
- (3) If a licence for broadcast-incidentals copies was required, did the Board err in setting the value of that licence in view of the principles of technological neutrality and balance?
- (4) Did the Board err in setting the terms of the interim licence?

IV. Statutory Provisions

[34] The relevant statutory provisions are set out in the Appendix. The provisions most directly at issue in this appeal are ss. 3(1)(d), 30.7, 30.8, 30.9 and 70.2 of the *Copyright Act*.

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[35] Whether broadcast-incidentals copies engage the reproduction right, and thus whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidentals copying, is a question of law. This Court has established that there is a presumption that the decisions of administrative

réserve d'une modification technique de la formule de calcul de l'escompte prenant en compte l'utilisation par la SRC de chansons faisant déjà l'objet de licences libres de tous droits : par. 78-82. La cour a également confirmé la Décision sur la licence provisoire de la Commission : par. 93-94.

III. Questions en litige

[33] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- (1) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- (2) Les copies accessoires de diffusion déclenchent-elles l'application du droit de reproduction et, si oui, y a-t-il lieu d'inférer des licences de synchronisation l'existence d'une licence de confection de telles copies?
- (3) Si une licence relative à des copies accessoires de diffusion était requise, la Commission a-t-elle commis une erreur en fixant la valeur de cette licence compte tenu des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre?
- (4) La Commission a-t-elle commis une erreur dans la formulation des modalités afférentes à la licence provisoire?

IV. Dispositions législatives

[34] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Celles qui sont les plus directement en cause dans le présent pourvoi sont l'al. 3(1)d) et les art. 30.7, 30.8, 30.9 et 70.2 de la *LDA*.

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[35] La question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction, et donc de savoir si la *LDA* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, est une question de droit. La Cour a établi qu'il existe

bodies should receive deference when interpreting or applying their home statute. However, because of the “unusual statutory scheme under which the Board and the court may each have to consider the same legal question [under the *Copyright Act*] at first instance”, the presumption is rebutted here: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15. Thus, a standard of correctness applies to this issue.

[36] Whether a licence for CBC’s broadcast-incident copying is implied in the associated synchronization licences involves both the scope of the reproduction right and the interpretation of SODRAC’s synchronization licences. As this Court has recently observed, “[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at para. 50. The licences here fall under that principle. Accordingly, a standard of reasonableness applies when reviewing the Board’s determination regarding what may be implied from the relevant synchronization licences.

[37] The Board’s decision establishing the monetary value of a broadcast-incident copying licence involves the examination of how the user intends to make use of the licensed works in light of the legal principles relevant to the reproduction right, and thus involves questions of mixed fact and law. Accordingly, a standard of reasonableness applies: *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 40; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26.

une présomption selon laquelle il faut faire preuve d’une certaine retenue à l’endroit des décisions des organismes administratifs lorsqu’ils interprètent ou appliquent leur loi constitutive. Toutefois, étant donné le « caractère particulier du régime législatif en vertu duquel la Commission et une cour de justice peuvent être respectivement appelées à statuer en première instance sur un même point de droit [sous le régime de la LDA] », cette présomption est réfutée en l’espèce : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15. La norme de la décision correcte s’applique donc à l’égard de cette question.

[36] La question de savoir si une licence permettant à la SRC de faire des copies accessoires de diffusion s’infère des licences de synchronisation qui y sont associées met en cause à la fois la portée du droit de reproduction et l’interprétation des licences de synchronisation de la SODRAC. Ainsi que la Cour l’a fait remarquer récemment, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, par. 50. Les licences en cause en l’espèce sont visées par ce principe. Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s’applique aux fins de contrôler la décision de la Commission sur ce que l’on peut inférer des licences de synchronisation en cause.

[37] La décision par laquelle la Commission fixe la valeur monétaire d’une licence de confection de copies accessoires de diffusion emporte l’examen de la manière dont l’utilisateur entend utiliser les œuvres visées par la licence à la lumière des principes juridiques pertinents relativement au droit de reproduction, et soulève donc des questions mixtes de fait et de droit. C’est pourquoi la norme de la décision raisonnable s’applique à cet égard : *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 40; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26.

[38] CBC challenges the Board's interim order on two points. First, CBC argues that the 2008-2012 licence was not an appropriate status quo baseline for the interim licence. The selection of the baseline involves the exercise of the Board's discretion to issue an interim licence under s. 66.51 of the *Copyright Act*. This exercise of discretion is not shared with the courts, and thus will be reviewed on a reasonableness standard.

[39] The second basis on which CBC challenges the interim order concerns whether the Board may impose a blanket synchronization licence on a user against that user's wishes. CBC characterizes this as a question of the Board's jurisdiction to issue certain types of licences, and argues that it should be reviewed for correctness. While it is possible to frame any interpretation of a tribunal's home statute as a question of whether the tribunal has the jurisdiction to take a particular action, this Court has rejected this definition of jurisdiction in the context of standard of review and emphasized that the category of "true questions of jurisdiction", if it exists at all, is narrow: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34. As in *Alberta Teachers' Association*, the parties have not presented argument on the question of whether the category of true questions of jurisdiction should continue to be recognized. Assuming such questions exist, this issue is not one of the "exceptional" instances of a true question of jurisdiction.

[40] The question of whether the Board is generally able to impose blanket synchronization licences under the *Copyright Act* against the wishes of a licensee is nonetheless a question of law, but it is not an interpretive question the Board shares with the courts at first instance: the courts can be seized of the question of whether the Board acted properly

[38] La SRC conteste l'ordonnance provisoire de la Commission sur deux points. Tout d'abord, elle fait valoir que la licence 2008-2012 n'était pas un point de référence du statu quo adéquat pour la licence provisoire. Le choix de ce point de référence emporte l'exercice par la Commission du pouvoir discrétionnaire d'octroyer une licence provisoire que lui confère l'art. 66.51 de la *LDA*. Comme elle n'exerce pas ce pouvoir discrétionnaire en conjonction avec les cours de justice, sa décision à cet égard sera contrôlée selon la norme de la décision raisonnable.

[39] Le deuxième motif pour lequel la SRC conteste l'ordonnance provisoire porte sur la question de savoir si la Commission peut imposer une licence de synchronisation générale à un utilisateur contre son gré. La SRC affirme que cette question touche la compétence de la Commission de délivrer certains types de licences et fait valoir qu'elle devrait être contrôlée selon la norme de la décision correcte. S'il est vrai qu'il est possible de formuler toute question d'interprétation de la loi constitutive d'un tribunal administratif comme étant une question de savoir si celui-ci est compétent pour prendre une mesure en particulier, la Cour a rejeté cette définition de la compétence dans le contexte de la décision quant à la norme de contrôle applicable et souligné que la catégorie des « véritables questions de compétence », si tant est qu'elle existe, est restrictive : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34. Comme dans cette affaire, les parties en l'espèce n'ont présenté aucun argument sur la question de savoir si la catégorie des véritables questions de compétence devrait encore être reconnue. À supposer que de telles questions existent, celle qui se pose en l'espèce ne relève pas des cas « exceptionnels » où se soulève une véritable question de compétence.

[40] La question de savoir si la Commission est généralement en mesure d'imposer des licences de synchronisation générales en vertu de la *LDA* contre le gré d'un titulaire de licence demeure néanmoins une question de droit, mais elle n'est pas une question d'interprétation sur laquelle la Commission peut se pencher en première instance en

in structuring a licence only once there is a Board-imposed licence to review. Accordingly, this issue attracts a standard of reasonableness.

[41] Justice Abella objects to the segmentation of issues for the purpose of standard of review analysis and to the confusion she says this causes. This is the same objection she raised in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, a decision issued by this Court in April 2015. *Saguenay* is the controlling authority and, on the issue of standard of review, these reasons apply *Saguenay*.

[42] Justice Karakatsanis disagrees that a specific standard of review should be ascribed to each issue arising in the appeal. However, she herself extricates the question of whether broadcast-incidental copies engage the reproduction right. Then she says that a reasonableness standard applies to the balance of the decisions under review. She does not explain how she could come to that conclusion without considering the issues in the balance of the decisions under review. With respect, every standard of review analysis requires identification of the issues under review: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 51-64. She has simply done implicitly what these reasons do explicitly.

B. *SODRAC May Choose to Require a Licence for CBC's Broadcast-Incidental Copies in Addition to Related Synchronization Licences*

(1) Broadcast-Incidental Copies Engage the Reproduction Right

[43] Section 3(1)(d) of the *Copyright Act* provides the copyright holder with the sole right “to make

conjonction avec les cours de justice; en effet, ces dernières peuvent être appelées à déterminer si la Commission a agi correctement en structurant une licence uniquement une fois qu'elle a imposé une telle licence. C'est pourquoi cette question emporte l'application de la norme de la décision raisonnable.

[41] La juge Abella s'oppose à la segmentation des questions aux fins de l'analyse de la norme de contrôle et à la confusion qui en découle selon elle. C'est le même argument que celui qu'elle a soulevé dans *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, une décision rendue par la Cour en avril 2015. Cet arrêt est celui qui fait autorité et, en ce qui a trait à la norme de contrôle, les présents motifs appliquent les principes qui y sont énoncés.

[42] La juge Karakatsanis n'est pas d'accord pour assigner une norme de contrôle donnée à chaque question soulevée dans le présent appel. Toutefois, elle-même, elle traite séparément de la question de savoir si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction et affirme ensuite que c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique aux autres décisions faisant l'objet du contrôle. Elle n'explique pas comment elle a pu tirer cette conclusion sans examiner les questions soulevées par ces autres décisions. Soit dit en tout respect, toute analyse de la norme de contrôle requiert d'identifier les questions faisant l'objet du contrôle : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 51-64. La juge Karakatsanis a tout simplement fait implicitement ce que les présents motifs font explicitement.

B. *La SODRAC peut choisir d'exiger une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC en plus des licences de synchronisation qui y sont associées.*

(1) Les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction

[43] L'alinéa 3(1)d) de la *LDA* confère au titulaire du droit d'auteur sur une œuvre le droit exclusif

any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which [a] work may be mechanically reproduced or performed”.

[44] SODRAC’s efforts to seek licence payments for CBC’s broadcast-incidental copying have their origins in this Court’s decision in *Bishop*. This Court held that the making of “ephemeral” copies — in that case, recordings of a musical performance made to facilitate a later broadcast — does engage the reproduction right under the language of s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*, and that the right to make such copies is not implied by law in a broadcast licence: pp. 484–85.

[45] CBC’s principal argument on appeal is that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right, and thus do not support SODRAC’s efforts to seek licence fees for such copies. In so arguing, CBC places considerable weight on two general principles of Canadian copyright law: the balancing of user and right-holder interests as discussed by this Court in *Théberge* per Binnie J., and the principle of technological neutrality discussed most prominently by this Court in *ESA*. In CBC’s estimation, the development of these principles has resulted in a significant evolution of copyright law since *Bishop*.

[46] CBC asserts that “[t]he scope of the reproduction right is determined by a balancing exercise between the legitimate interests of copyright holders and copyright users, such as the one this Court conducted in *Théberge*” (A.F., at para. 81), and that a proper balancing of user and right-holder interests favours finding that broadcast-incidental copies do not engage the reproduction right. It also asserts that the principle of technological neutrality is a means of protecting the proper balance between users and right holders in a digital environment: A.F., at para. 66.

« d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement ».

[44] Les efforts de la SODRAC en vue d’obtenir des redevances pour la confection de copies accessoires de diffusion par la SRC tirent leur origine de la décision rendue par la Cour dans *Bishop*. Selon cet arrêt, la confection de copies « éphémères » — dans cette affaire, les enregistrements d’une prestation musicale visant à en faciliter la diffusion à une date ultérieure — met en jeu le droit de reproduction au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 3(1)d) de la *LDA*, et une licence de diffusion ne permet pas d’inferer en droit celui de faire de telles copies : p. 484–485.

[45] Le principal argument de la SRC en appel porte sur le fait que les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en jeu le droit de reproduction et donc qu’elles ne donnent pas à la SODRAC le droit d’exiger des redevances pour de telles copies. La SRC accorde ainsi beaucoup de poids à deux principes généraux du droit canadien en matière de droit d’auteur : d’une part, la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit — ainsi que la Cour en a fait l’analyse dans *Théberge*, motifs du juge Binnie — et, d’autre part, le principe de neutralité technologique — que la Cour a analysé plus particulièrement dans l’arrêt *ESA*. De l’avis de la SRC, l’émergence de ces principes a engendré une importante évolution du droit d’auteur depuis *Bishop*.

[46] Selon la SRC, [TRADUCTION] « [l]a portée du droit de reproduction est fonction d’un exercice de mise en équilibre des intérêts légitimes des titulaires d’un droit d’auteur et des utilisateurs de ce droit, de la nature de celui qu’a effectué la Cour dans *Théberge* » (m.a., par. 81). La SRC soutient en outre que le juste équilibre entre les intérêts de l’utilisateur et ceux du titulaire d’un droit milite en faveur de la conclusion selon laquelle les copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction. Enfin, elle ajoute que le principe de neutralité technologique permet de protéger le juste équilibre en question dans un environnement numérique : m.a., par. 66.

[47] To be sure, *Théberge* demonstrates how this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved since the pronouncement in *Bishop* that the "single object" of the Act was to benefit authors: *Bishop*, at pp. 478-79, quoting *Performing Right Society, Ltd. v. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, at p. 127. *Théberge* observed that, when weighing competing policy interests under copyright, "[t]he proper balance . . . lies not only in recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature"; para. 31. Similarly, in *ESA*, this Court observed that the principle of technological neutrality guards against "impos[ing] a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies": para. 9, per Abella and Moldaver JJ. But in neither case did the Court go so far as to allow these principles to override express statutory terms. The scope of a right under the *Copyright Act* is determined, first and foremost, by the Act itself. The principles at work in *Théberge* and *ESA* can inform the interpretation and application of the terms of the Act, but they cannot supplant them.

[48] The modern approach to statutory interpretation requires that we examine the "words of an 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": E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, approved and adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[49] The ordinary meaning of the text of the *Copyright Act* indicates that broadcast-incidental copying activities do engage the reproduction right. As this Court held in *Bishop*, the text of s. 3(1)(d) covers such activity by its terms. Making broadcast-incidental copies is the making of a "sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed": s. 3(1)(d). Though this Court's understanding of the purpose of copyright

[47] Bien sûr, l'arrêt *Théberge* témoigne de l'évolution de la manière dont la Cour interprète l'objet de la LDA depuis la décision *Bishop*, selon laquelle le « but unique » de la Loi devait profiter aux auteurs : *Bishop*, p. 478-479, citant *Performing Right Society, Ltd. c. Hammond's Bradford Brewery Co.*, [1934] 1 Ch. 121, p. 127. Dans l'arrêt *Théberge*, la Cour a fait remarquer que, lorsqu'on soupèse des objectifs de politique générale qui s'opposent dans le domaine du droit d'auteur, « [o]n atteint le juste équilibre [. . .] non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qui convient à la nature limitée de ces droits » : par. 31. De même, dans l'arrêt *ESA*, la Cour a signalé que le principe de neutralité technologique protège contre l'imposition d'« un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces » : par. 9, motifs des juges Abella et Moldaver. Cependant, dans ni l'une ni l'autre de ces décisions la Cour n'est allée jusqu'à permettre que ces principes l'emportent sur des dispositions législatives explicites. La portée d'un droit créé par la LDA est déterminée, d'abord et avant tout, par la loi même. Les principes en cause dans les arrêts *Théberge* et *ESA* peuvent servir de guide dans l'interprétation des dispositions de la LDA et dans leur application, mais ils ne peuvent les supplanter.

[48] La méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions 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 » : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, méthode approuvée et adoptée dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[49] Suivant le sens ordinaire du texte de la LDA, les activités relatives aux copies accessoires de diffusion mettent effectivement en jeu le droit de reproduction. Ainsi que la Cour l'a conclu dans *Bishop*, le libellé même de l'al. 3(1)d) couvre une telle activité. La confection de copies accessoires de diffusion équivaut à faire un « enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement » : al. 3(1)d).

has evolved since the observation in *Bishop* that its “sole purpose” is protecting author interests, no recourse to this observation is required to read s. 3(1)(d) as being engaged by broadcast-incidental copying activities: p. 470. The plain language of the statute itself establishes this much.

[50] The broader statutory context of the Act further provides strong indications that the legislature intended for broadcast-incidental copies to engage the reproduction right. Most significantly, ss. 30.8 and 30.9 (set out in full in the Appendix), enacted as part of a series of amendments to the Act in 1997, establish specific circumstances in which “[i]t is *not* an infringement of copyright” to make copies to facilitate broadcasting: S.C. 1997, c. 24, s. 18(1). In order to gain the benefit of ss. 30.8 or 30.9, broadcasters must meet a list of stringent conditions concerning, among other things, the timing, record keeping, and destruction of the copies. As counsel for CBC acknowledged during the hearing before this Court, CBC’s broadcast-incidental copying activities do not fit within the language of ss. 30.8 or 30.9: transcript, at p. 26.

[51] If it were true, as CBC urges, that the *Copyright Act* should properly be read such that broadcast-incidental copying does not engage the reproduction right, there would have been no need for the legislature to enact ss. 30.8 and 30.9. Their existence is strong evidence that Parliament intended, as a baseline, that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. As noted above, though the principles of balancing user and right-holder interests and of technological neutrality are central to Canadian copyright law, they cannot change the express terms of the *Copyright Act*.

Bien que la manière dont la Cour interprète l’objet du droit d’auteur ait évolué depuis la remarque énoncée dans *Bishop* selon laquelle son « seul but » est de protéger les droits de l’auteur, il n’est pas nécessaire de se référer à cette remarque pour en arriver à la conclusion que l’al. 3(1)d) est mis en cause par les activités relatives aux copies accessoires de diffusion : p. 470. Le libellé ordinaire de la loi même le confirme.

[50] Le contexte législatif plus général de la LDA illustre en outre clairement le souhait du législateur que les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Plus important encore, les art. 30.8 et 30.9 — reproduits intégralement en annexe et édictés comme partie intégrante d’une série de modifications apportées à la LDA en 1997 —, établissent les circonstances exactes dans lesquelles la confection de copies pour en faciliter la diffusion « *in* ne constitue pas une violation du droit d’auteur » : L.C. 1997, c. 24, par. 18(1). Afin de pouvoir tirer profit des art. 30.8 ou 30.9, les diffuseurs doivent satisfaire à une série de conditions rigoureuses se rapportant notamment au choix de la date, à la tenue de registres et à la destruction des copies. Ainsi que l’avocat de la SRC l’a reconnu pendant l’audience tenue devant la Cour, les activités de la SRC relatives aux copies accessoires de diffusion ne relèvent pas du libellé des art. 30.8 ou 30.9 : transcription, p. 26.

[51] S’il était vrai, ainsi que la SRC le fait valoir, qu’il convient d’interpréter la LDA de manière que les activités relatives aux copies accessoires de diffusion ne mettent pas en cause le droit de reproduction, le législateur n’aurait pas eu besoin d’édicter les art. 30.8 et 30.9. Leur existence démontre clairement que le législateur souhaitait, à tout le moins, que les copies accessoires de diffusion déclenchent l’application du droit de reproduction. Comme je l’ai souligné précédemment, bien que le principe de mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit et celui de neutralité technologique soient au cœur du droit canadien en matière de droit d’auteur, ils ne peuvent modifier le libellé de la LDA.

[52] Abella J. is of the opinion that, in reaching this conclusion, these reasons employ a “literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning”: para. 170. It is rather my colleague who uses the principle of technological neutrality to displace the words Parliament has used. With respect, through her use of the principle of technological neutrality, she does not give sufficient attention to the text and context and the legislative history that explain the carve out from the reproduction right provided by ss. 30.8 and 30.9 and the residual broad scope of s. 3(1)(d).

[53] Subsequent to *Bishop*, in 1997, Parliament enacted ss. 30.8 and 30.9. Abella J. writes that these exceptions are not to be understood as a “comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it”: para. 175. But before ss. 30.8 and 30.9 received royal assent, broadcasters asked Parliament to expand their scope. In their view, ss. 30.8 and 30.9 unduly favoured the rights of copyright holders. The pleas of the broadcasters, however, went unanswered: see V. Syrtash, “Supra-National Limitations on Copyright Exceptions: Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test”” (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, at pp. 530-32; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4th ed. (loose-leaf)), at pp. 23-62 and 23-63. Thus, the scope of ss. 30.8 and 30.9 was specific and deliberate. Parliament could have adopted broader provisions. It chose not to. It is not for the Court to do by “interpretation” what Parliament chose not to do by enactment.

[54] The necessary implication of s. 30.7, also enacted in 1997, is that it absolves incidental, non-deliberate, inclusion of a work from infringement — a sterile provision and of no practical effect had Parliament considered incidental inclusion to

[52] La juge Abella estime qu’en concluant de la sorte, les présents motifs « interprète[nt] littéralement l’al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l’objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification » : par. 170. C’est plutôt ma collègue qui utilise le principe de neutralité technologique pour déformer le texte utilisé par le législateur. En effet, soit dit en tout respect, en utilisant le principe de neutralité technologique comme elle le fait, elle ne s’attarde pas suffisamment sur le libellé des dispositions législatives, sur leur contexte et sur l’historique législatif qui expliquent la mise à l’écart du droit de reproduction prévu aux art. 30.8 et 30.9 ainsi que la large portée résiduelle de l’al. 3(1)d).

[53] En 1997, soit après que la décision a été rendue dans *Bishop*, le législateur a édicté les art. 30.8 et 30.9. Selon la juge Abella, il ne faut pas interpréter ces exceptions comme un « énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni [comme] la liste des types de copies qui le feront intervenir » : par. 175. Or, avant que ces dispositions reçoivent la sanction royale, les diffuseurs ont demandé au Parlement d’en étendre la portée. À leur avis, les art. 30.8 et 30.9 favorisaient indûment les droits des titulaires du droit d’auteur. Les doléances des diffuseurs sont toutefois restées sans réponse : voir V. Syrtash, « Supra-National Limitations on Copyright Exceptions : Canada’s Ephemeral Exception and the “Three-Step Test” » (2005-2006), 19 *I.P.J.* 521, p. 530-532; J. S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs* (4^e éd. (feuilles mobiles)), p. 23-62 et 23-63. Ainsi, la portée des art. 30.8 et 30.9 était précise et voulue. Le législateur aurait pu leur donner une portée plus large. Il a choisi de ne pas le faire. Il n’appartient pas à la Cour de faire « en interprétant » la loi ce que le législateur a choisi de ne pas faire en l’adoptant.

[54] L’article 30.7, lui aussi édicté en 1997, empêche nécessairement que l’inclusion accessoire d’une œuvre, mais non celle qui est délibérée, constitue une infraction — une disposition qui aurait été stérile et sans effet pratique si le législateur

be outside s. 3(1)(d) in the first place. There is no doubt that this provision applies to broadcasting, among other activities, and that the use of broadcast-incidentals is deliberate and thus not exempted. See D. Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 223.

[55] Although made in the process of broadcasting, these broadcast-incidentals nevertheless trigger the reproduction right. They are not exempted by ss. 30.8 and 30.9. There is nothing in the text, context or legislative history of these provisions (or s. 3(1)) that supports the view that the broadcasting process obviates the fact that broadcast-incidentals are reproductions under the *Copyright Act*. Arguments based on purpose in the form of technological neutrality and balance are advanced to come to the opposite conclusion, but purposive construction is a tool of statutory interpretation to assist in understanding the meaning of the text. It is not a stand-alone basis for the Court to develop its own theory of what it considers appropriate policy. Accordingly, the Board was correct in proceeding on the basis that broadcast incidentals engage the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act*.

(2) The Synchronization Licence Between CBC and SODRAC Does Not Imply a Licence to Make Broadcast-Incidental Copies

[56] CBC argues in the alternative that if a licence covering CBC's broadcast-incidentals is required, it should be implied from CBC's synchronization licences or the synchronization licences of third party producers. To hold otherwise, CBC asserts, would be to render synchronization licences "economically sterile" and would allow SODRAC

avait jugé que les inclusions accessoires n'étaient pas visées par l'al. 3(1)d). Il ne fait aucun doute que cette disposition s'applique à la diffusion, entre autres activités, et que l'utilisation de copies accessoires de diffusion est délibérée et, par conséquent, n'est pas visée par l'exception. Voir D. Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 223.

[55] Même si elles sont confectionnées dans le cadre du processus de diffusion, ces copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction. Elles ne sont donc pas soustraites à l'application de ce droit par les art. 30.8 et 30.9. Rien dans le libellé de ces dispositions (ou du par. 3(1)), dans leur contexte ou dans leur historique législatif, n'étaye l'opinion selon laquelle le processus de diffusion annule le fait que les copies de ce type constituent des reproductions au sens où il faut l'entendre pour l'application de la LDA. Les arguments fondés sur l'objet visé que sont la neutralité technologique et la mise en équilibre sont invoqués pour qu'on en arrive à la conclusion inverse. Or, l'interprétation fondée sur l'objet visé est un outil d'interprétation législative qui cherche à aider à la compréhension du sens du texte. Elle ne constitue pas un fondement indépendant autorisant la Cour à élaborer sa propre théorie de ce qu'elle juge être une politique appropriée. Par conséquent, c'est à juste titre que la Commission a tenu pour acquis que les copies accessoires de diffusion mettent en cause le droit de reproduction en application de l'al. 3(1)d) de la LDA.

(2) La licence de synchronisation conclue entre la SRC et la SODRAC n'emporte pas le droit de confectionner des copies accessoires de diffusion

[56] La SRC fait valoir à titre subsidiaire que, si elle est requise, la licence couvrant ses copies accessoires de diffusion doit s'inférer de ses licences de synchronisation ou des licences de synchronisation de producteurs tiers. Conclure autrement, affirme la SRC, reviendrait à rendre les licences de synchronisation [TRADUCTION] « stériles du point de

to engage in “non-neutral royalty stacking”: A.F., at paras. 99-100.

[57] CBC’s economic argument is based on the proposition that “a single master copy [made under a synchronization licence] is useless without a corresponding implied licence to make the necessary broadcast-incidentals copies”: A.F., at para. 100. Instead, it argues that a “technologically-neutral approach to a synchronization licence is one that implies the necessary incidental rights in order to achieve the licence’s agreed-upon purpose”: A.F., at para. 100.

[58] I cannot agree. To the extent CBC’s implied-licence argument turns on the language of SODRAC’s actual synchronization licences, these licences do not give any indication that they ought to be read to include the right to make broadcast-incidentals copies. To the contrary, the Board found that “[v]irtually all SODRAC licences issued to producers that were filed in these proceedings clearly specify, in one form or another, that the producer cannot authorize copies made by broadcasters, distributors and other exhibitors”: Statutory Licence Decision, at para. 73.

[59] Nor am I persuaded that licences to make broadcast-incidentals copies should be implied under synchronization licences more generally, lest the synchronization licences be rendered sterile. Synchronization licences are intended to facilitate the production of audiovisual works. That these works may ultimately be destined for broadcast does not make the production of the single master copy itself “useless”. A stand-alone synchronization right is far from useless when held by an independent producer who synchronizes a song into a master copy and then sells or licences the finished product to a broadcaster. In that case, the primary purpose of the master copy, from the perspective of

vuc économique » et permettrait à la SODRAC de s’adonner à un « cumul de redevances contraire au principe de neutralité » : m.a., par. 99-100.

[57] L’argument économique de la SRC repose sur la proposition selon laquelle [TRADUCTION] « une copie maîtresse unique [confectionnée en vertu d’une licence de synchronisation] est inutile en l’absence d’une licence implicite correspondant de faire les copies accessoires de diffusion nécessaires » : m.a., par. 100. À son avis, il faut plutôt conclure que « l’approche neutre sur le plan technologique à l’égard d’une licence de synchronisation emporte les droits accessoires nécessaires pour réaliser l’objet de la licence sur lequel les parties se sont entendues » : m.a., par. 100.

[58] Je ne suis pas d’accord. Dans la mesure où l’argument de la SRC sur l’existence implicite d’une licence porte sur le texte des licences de synchronisation mêmes de la SODRAC, ces licences n’indiquent nulle part qu’il faut y voir le droit de faire des copies accessoires de diffusion. Au contraire, la Commission a conclu que « [p]ratiquement toutes les licences de la SODRAC qui ont été octroyées à des producteurs et qui ont été déposées dans le cadre de la présente instance indiquent clairement, sous une forme ou une autre, que le producteur ne peut autoriser la confection de copies par un télédiffuseur, un distributeur ou un autre exploitant » : Décision sur la licence légale, par. 73.

[59] Je ne suis pas convaincu non plus qu’il y a lieu d’inférer l’existence de licences pour faire des copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation plus généralement, de crainte que ces dernières ne soient rendues stériles. Les licences de synchronisation visent à faciliter la production d’œuvres audiovisuelles. Le fait que ces œuvres puissent en définitive être destinées à la diffusion ne rend pas « inutile » la production de la seule copie maîtresse elle-même. Le droit de synchronisation à lui seul est loin d’être inutile lorsqu’il est détenu par un producteur indépendant qui synchronise une chanson dans une copie maîtresse et vend le produit fini ou le donne ensuite en licence à un

the producer, was not for it to be broadcast, but for it to be sold or licensed to a broadcaster. The synchronization licence is sufficient to meet the needs of such a producer.

[60] Further, the Board identified certain economic considerations that it found justified the practice of dividing synchronization and broadcast-incidental copy licences into separate payments. Separate licensing of synchronization and broadcast-incidental copies allows producers to “remain free to decide whether they wish to offer a turnkey service for the audiovisual works they licence, or whether they wish to pay only for the rights they use” (Statutory Licence Decision, at para. 83), a choice that may be particularly valuable for smaller producers with modest licensing budgets.

[61] In this case, the Board’s decision does not raise the spectre of “double dipping”. The terms of the licence set by the Board expressly protected against this possibility here. The 2008-2012 statutory licence includes a discount provision by which CBC’s licence payments for broadcast-incidental copying may be reduced to the extent that it broadcasts programs for which the producer has already cleared reproduction rights on a through-to-the-viewer basis: s. 5.03(2). Though, as the Federal Court of Appeal noted, the Board’s original discount formula was flawed (paras. 74-82), the formula, as amended by the Federal Court of Appeal, adequately guards against concerns that SODRAC may engage in double dipping by charging multiple parties for the same authorization.

[62] CBC’s attempts to cast the implied-licence issue in terms of the principle of technological

diffuseur. Dans ce cas, l’objet principal de la copie maîtresse du point de vue du producteur ne tient pas dans sa diffusion, mais plutôt dans sa vente ou sa concession en licence à un diffuseur. La licence de synchronisation suffit pour satisfaire aux besoins de ce producteur.

[60] En outre, la Commission a cerné certaines considérations économiques justifiant à son avis la pratique qui consiste à séparer les paiements des licences de synchronisation et de copies accessoires de diffusion. La délivrance de licences distinctes pour la synchronisation, d’une part, et pour les copies accessoires de diffusion, d’autre part, permet aux producteurs d’être « libres de décider s’ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l’égard desquelles ils octroient une licence, ou s’ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu’ils utilisent » (Décision sur la licence légale, par. 83), un choix qui peut être particulièrement précieux pour les producteurs de plus petite taille dont les budgets de licence sont modestes.

[61] Dans le présent pourvoi, la décision de la Commission ne fait pas naître le spectre du « cumul des redevances ». Les modalités de la licence fixées par la Commission fermaient expressément la porte à une telle possibilité. En effet, la licence légale 2008-2012 inclut une disposition d’escompte en vertu de laquelle les redevances versées par la SRC pour les copies accessoires de diffusion peuvent être réduites dans la mesure où elle diffuse des émissions pour lesquelles le producteur a déjà libéré les droits de reproduction libres de tous droits : par. 5.03(2). Si, ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé, la formule originale du calcul de l’escompte de la Commission était erronée (par. 74-82), la formule, tel qu’elle a été modifiée par la Cour d’appel fédérale, protège suffisamment contre les craintes que la SODRAC facture en double des redevances à plusieurs parties pour une même autorisation.

[62] La SRC a tenté, sans succès, de formuler la question de la licence implicite sous l’angle du

neutrality are unavailing. CBC has failed to highlight exactly how SODRAC's desired practice of disaggregating synchronization and broadcast-incident licensing would offend the principle as it has been understood by this Court. Separation of licences into synchronization and broadcast-incident arrangements does not, on its own, impose a "gratuitous cost" based on formal technological distinctions, as was the concern in *ESA*.

[63] Nor does technological neutrality stand for the proposition, as CBC urges, that the *Copyright Act* prohibits the creation of "additional layers of royalties at the behest of collective societies" such that disaggregating synchronization and broadcast-incident copying is legally impermissible: A.F., at para. 105. This argument reads *ESA* too broadly. The difference between synchronization copies and broadcast-incident copies is tied to the fundamentally distinct activities of production and broadcasting. They are different functions. This difference is not based on particular technological details; it would exist regardless of the technologies used either to produce or to broadcast. Thus, a decision recognizing production and broadcasting as distinct activities, and thus as the valid subject of disaggregated licences, does not offend the principle that "an additional layer of protections and fees" not be imposed based solely on technological change: *ESA*, at para. 9.

[64] Accordingly, it was reasonable for the Board to decline to identify an implied licence to engage in broadcast-incident copying within the synchronization licences underlying the programs that CBC broadcasts.

principe de neutralité technologique. En effet, elle n'a pas fait ressortir précisément comment la pratique souhaitée de la SODRAC de distinguer les licences de synchronisation des licences accessoires de diffusion porterait atteinte au principe tel que la Cour le comprend. Le partage des licences en des ententes sur la synchronisation et des ententes sur la confection de copies accessoires de diffusion n'impose pas en soi un « coût injustifié » sur le fondement de distinctions technologiques formelles, comme on le craignait dans *ESA*.

[63] La neutralité technologique ne permet pas non plus d'avancer, comme la SRC le fait valoir, que la *LDA* empêche la création de [TRADUCTION] « couches supplémentaires de redevances à la demande des sociétés de gestion » de telle sorte que la distinction entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion ne puisse être permise en droit : m.a., par. 105. Cet argument repose sur une interprétation trop libérale de l'arrêt *ESA*. La différence entre les copies de synchronisation et les copies accessoires de diffusion tient au caractère fondamentalement distinct des activités de production et de diffusion. Elles sont des fonctions différentes. Cette différence ne repose pas sur des détails technologiques en particulier; elle existerait sans égard aux technologies utilisées pour produire ou pour diffuser les œuvres. Donc, la décision qui reconnaît le caractère distinct de la production et de la diffusion, justifiant en conséquence l'octroi de licences distinctes, ne contrevient pas au principe selon lequel « un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance » ne doit pas être imposé sur le seul fondement d'un changement technologique : *ESA*, par. 9.

[64] En conséquence, la Commission pouvait raisonnablement refuser d'inférer l'existence d'une licence de confection de copies accessoires de diffusion des licences de synchronisation qui sous-tendent les émissions que diffuse la SRC.

C. *In Not Taking Into Account the Principles of Technological Neutrality and Balance in Its Valuation Analysis, the Board's Decision Was Unreasonable*

(1) The Principle of Technological Neutrality is Relevant to Questions of Valuation

[65] CBC asserts that the Board erred in failing to conduct its valuation analysis in accordance with the principle of technological neutrality. SODRAC argues that, once it has been established that a copying activity engages the reproduction right, the principle of technological neutrality is spent and has no bearing on valuation.

[66] The principle of technological neutrality is recognition that, absent parliamentary intent to the contrary, the *Copyright Act* should not be interpreted or applied to favour or discriminate against any particular form of technology. It is derived from the balancing of user and right-holder interests discussed by this Court in *Théberge* — a “balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator”: para. 30. Because this long-standing principle informs the *Copyright Act* as a whole, it must be maintained across all technological contexts: “The traditional balance between authors and users should be preserved in the digital environment. . .” (*ESA*, at para. 8).

[67] In the regulatory context, the principle of technological neutrality applies to valuation of a reproduction licence, just as it does in determining whether an activity implicates copyright at all. The Board operates pursuant to the *Copyright Act*, and in its regulatory role of fixing royalties under s. 70.2, it may not simply set aside the principles that guide its interpretation of the Act once it has begun its valuation analysis. While the Board’s valuation analysis will vary according to the facts

C. *En omettant de prendre en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre dans son analyse de la valeur du droit, la Commission a rendu une décision déraisonnable*

(1) Le principe de neutralité technologique est pertinent dans l’analyse de la valeur du droit

[65] La SRC fait valoir que la Commission a commis une erreur, car elle ne s’est pas conformée au principe de neutralité technologique pour effectuer son analyse de la valeur. Pour la SODRAC, par contre, dès lors qu’il est établi que la confection de copies met en jeu l’application du droit de reproduction, le principe de neutralité technologique n’est plus pertinent et n’a plus aucune incidence sur l’évaluation.

[66] Selon le principe de neutralité technologique, en l’absence d’une intention contraire du législateur, la *LDA* ne doit être ni interprétée ni appliquée de manière à favoriser ou à défavoriser une forme de technologie en particulier. Ce principe découle de la mise en équilibre des intérêts de l’utilisateur et de ceux du titulaire d’un droit dont la Cour a fait l’analyse dans l’arrêt *Théberge* — soit l’« équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » : par. 30. Puisque ce principe reconnu depuis longtemps guide l’interprétation de la *LDA* dans son ensemble, il doit être maintenu dans tous les contextes technologiques : « L’équilibre traditionnel entre auteurs et utilisateurs doit être préservé dans le monde numérique . . . » (*ESA*, par. 8).

[67] Dans le contexte réglementaire, le principe de neutralité technologique s’applique à l’évaluation d’une licence de reproduction, tout comme à la question de savoir si une activité met en cause un droit d’auteur. La Commission mène ses activités en application de la *LDA*, et lorsqu’elle assume le rôle que lui confère l’art. 70.2 de cette loi de fixer les redevances, elle ne peut pas simplement mettre de côté les principes qui guident son interprétation de la loi une fois qu’elle entreprend son analyse de

of each case, it is unreasonable for the Board to ignore the principle of technological neutrality in that analysis in cases where it is implicated.¹

[68] Indeed, it would be inconsistent to require a technologically neutral interpretation of the *Copyright Act* but not require a technologically neutral application of the Act. As Professor Vaver has written, “Copyright law should strive for technological neutrality”: p. 172. Interpretation and application of the Act are both important in seeking this objective.

[69] In reviewing the Board’s decision, the Court of Appeal remarked upon the principle of technological neutrality, but declined to apply it, as that court felt that it had insufficient guidance from this Court on how it should be applied. These reasons aim to provide such guidance.

(2) Technological Neutrality in Valuation

[70] Because rights holders have the exclusive right to reproduce their works under s. 3(1)(d), they are entitled to be justly compensated for the use of that right. One element of just compensation is an appropriate share of the benefit that the user obtains by using reproductions of their copyright-protected work in the operation of the user’s technology. That just compensation must be valued, however, in accordance with the principle of technological neutrality. While highly unlikely, where users are deriving the same value from the use of reproductions of copyright-protected works using different technologies, technological neutrality implies that it would be improper to impose higher copyright-licensing costs on the user of one technology than

¹ This case pertains to the Board’s power to fix royalties under s. 70.2 of the *Copyright Act*. The considerations a court might take into account in assessing monetary remedies for infringement is left to be decided if and when such a case arises.

la valeur. Si cette analyse faite par la Commission varie selon les faits propres à une affaire, il est cependant déraisonnable que, ce faisant, elle écarte le principe de neutralité technologique dans les cas où il est mis en cause¹.

[68] En effet, il serait illogique d’exiger que la *LDA* soit interprétée compte tenu du principe de neutralité technologique sans exiger une application de la loi qui, elle aussi, soit conforme à ce principe. Comme l’a écrit le professeur Vaver, [TRADUCTION] « [l]e droit d’auteur devrait viser la neutralité technologique » : p. 172. Tant l’interprétation de la loi que son application sont importantes dans la poursuite de cet objectif.

[69] Dans son examen de la décision de la Commission, la Cour d’appel a fait des remarques relatives au principe de neutralité technologique. Elle a toutefois refusé de l’appliquer puisqu’elle était d’avis qu’elle manquait de directives de la Cour sur la façon dont il devrait être appliqué. Les présents motifs visent à donner de telles directives.

(2) La neutralité technologique dans le contexte de l’évaluation

[70] Selon l’al. 3(1)d), les titulaires du droit d’auteur ont le droit exclusif de reproduire leurs œuvres. Ils ont donc droit à une juste compensation lorsqu’il y a usage de ce droit. Une telle compensation consiste notamment en un partage approprié des bénéfices qu’obtient l’utilisateur de reproductions des œuvres protégées par le droit d’auteur dans le contexte de l’utilisation de la technologie de l’utilisateur. Cette juste compensation doit cependant être évaluée en conformité avec le principe de neutralité technologique. Bien que cela soit très improbable, lorsque des utilisateurs tirent la même valeur de l’utilisation des reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur en utilisant des technologies différentes, la neutralité technologique suppose

¹ La présente affaire concerne le pouvoir de la Commission prévu à l’art. 70.2 de la *LDA* de fixer les redevances. La question des facteurs dont un tribunal peut tenir compte pour évaluer les redressements monétaires par suite d’une infraction n’est pas tranchée en l’espèce et le sera, le cas échéant, lorsque la Cour sera saisie d’une cause portant sur la question.

would be imposed on the user of a different technology. To do so would privilege the interests of the rights holder to a greater degree in one technology over the other where there is no difference between the two in terms of the value each user derives from the reproductions.

[71] The converse is also true. Where the user of one technology derives greater value from the use of reproductions of copyright-protected work than another user using reproductions of the copyright-protected work in a different technology, technological neutrality will imply that the copyright holder should be entitled to a larger royalty from the user who obtains such greater value. Simply put, it would not be technologically neutral to treat these two technologies as if they were deriving the same value from the reproductions.

[72] In determining whether a separate communication right was engaged in *ESA*, this Court held that technological neutrality required the consideration of the difference between the old and new forms of delivery of works. In the absence of any difference between them, no separate right was engaged: “In our view, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user”: *ESA*, at para. 5. Similarly, in the valuation of a right, technological neutrality requires that different technologies using reproductions of copyright-protected work that produce the same value to the users should be treated the same way. Conversely, different technologies using reproductions that produce different values should not be treated the same way.

qu’il serait incorrect d’exiger des redevances plus élevées de l’utilisateur d’une technologie particulière que de l’utilisateur d’une technologie différente. Agir ainsi donnerait au titulaire des droits d’auteurs plus de droits dans le contexte de l’utilisation d’une technologie plutôt que d’une autre, même s’il n’existe aucune différence entre la valeur que retire l’utilisateur de la première de ces reproductions par rapport à celle que retire l’utilisateur de la seconde.

[71] L’inverse est également vrai. Lorsque l’utilisateur d’une technologie tire une plus grande valeur de l’utilisation de reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur qu’une personne qui en fait une utilisation similaire en se servant d’une autre technologie, le principe de la neutralité technologique suppose que le titulaire du droit d’auteur aurait droit à des redevances plus élevées de l’utilisateur qui obtient la plus grande valeur en question. Bref, il ne serait pas neutre sur le plan technologique de traiter ces deux technologies comme si elles permettaient de tirer la même valeur des reproductions.

[72] Lorsqu’elle a examiné la question de savoir si un droit de communication distinct a été mis en jeu dans *ESA*, la Cour a conclu que le principe de neutralité technologique exigeait de prendre en considération la différence entre les modes anciens et nouveaux de livraison des œuvres. En l’absence de quelque différence que ce soit entre eux, aucun droit distinct n’entre en jeu : « À notre avis, il n’y a aucune différence d’ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l’œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu’un taxi technologique assurant la livraison d’une copie durable de la même œuvre à l’utilisateur » : *ESA*, par. 5. De même, lorsqu’il est question de donner une valeur à un droit, le principe de neutralité technologique exige que des technologies différentes qui utilisent des reproductions d’une œuvre protégée par le droit d’auteur et qui engendrent une même valeur pour les utilisateurs soient traitées de la même façon. Inversement, des technologies différentes qui utilisent des reproductions qui génèrent des valeurs différentes ne devraient pas l’être.

[73] In this case, if CBC derives greater value from the use of broadcast-incidentals copies in its digital technology than it did under its prior analog technology, this is a factor in favour of the copyright holder being entitled to greater royalties for use of its copyright-protected work in CBC's digital technology. Technological neutrality requires that the Board compare the value derived from the use of reproduction in the two technologies in its valuation analysis. As will be explained, it did not do so in this case, nor did it take into account the principle of balance, to which I now turn.

(3) Balance in Valuation

[74] It is well established that copyright law maintains “a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” of those works: *Théberge*, at para. 30. This balance “lies not only in recognizing the creator’s rights but in giving due weight to their limited nature. In crassly economic terms it would be as inefficient to overcompensate artists and authors for the right of reproduction as it would be self-defeating to undercompensate them”: *Théberge*, at para. 31.

[75] When it is tasked with fixing licence fees, the Board must have regard to factors it considers relevant in striking a balance between the rights of users and right holders. Relevant factors will include, but are not limited to, the risks taken by the user, the extent of the investment the user made in the new technology, and the nature of the copyright-protected work’s use in the new technology. The Board must assess the respective contributions of, on the one hand, the risks taken by the user and the investment made by the user, and on the other hand, the reproductions of the copyright-protected works, to the value enjoyed by the user. In this case, where

[73] En l’espèce, si la SRC tire une plus grande valeur de l’utilisation de copies accessoires de diffusion en utilisant sa technologie numérique qu’elle ne le faisait lorsqu’elle utilisait la technologie analogique, il s’agit d’un facteur qui milite en faveur du droit du titulaire du droit d’auteur à des redevances plus importantes pour l’utilisation par la SRC de son œuvre protégée au moyen de la technologie numérique. La neutralité technologique exige que la Commission compare la valeur tirée de l’utilisation d’une reproduction au moyen des deux technologies dans son analyse de la valeur. Comme je l’expliquerai, elle ne l’a pas fait en l’espèce; et elle n’a pas non plus tenu compte du principe de mise en équilibre, sur lequel je vais maintenant m’attarder.

(3) La mise en équilibre dans le contexte de la recherche de la valeur

[74] Il est bien établi que le droit d’auteur maintient « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » de ces œuvres : *Théberge*, par. 30. Cet équilibre est atteint « non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l’importance qu’il convient à la nature limitée de ces droits. D’un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu’il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment » : *Théberge*, par. 31.

[75] Lorsqu’elle est appelée à fixer des redevances, la Commission doit tenir compte des facteurs qu’elle juge pertinents pour mettre en équilibre les droits de l’utilisateur et ceux du titulaire des droits. Les facteurs pertinents incluent notamment : les risques pris par l’utilisateur et l’ampleur de son investissement dans la technologie ainsi que la nature de l’utilisation de l’œuvre protégée par le droit d’auteur dans la nouvelle technologie. La Commission doit évaluer les contributions respectives des risques pris par l’utilisateur et de son investissement, d’une part, et des copies des œuvres protégées par le droit d’auteur, d’autre part, par rapport à la valeur dont profite

the financial risks of investing in and implementing new technology were undertaken by the user and the use of reproductions of copyright-protected works was incidental, the balance principle would imply relatively low licence fees to the copyright holder. As will be explained, the Board's valuation methodology did not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered in the way it fixed the SODRAC reproduction royalties payable by CBC on the basis of the SODRAC/SOCAN ratio.

[76] Justice Abella argues that the extent of the investment made by the user in its technology and the risks undertaken in relation to that technology are “unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works”: para 180. I cannot agree. In an unregulated market, a commercial user will always consider whether it makes economic sense to pay the licence fee demanded by the copyright holder. A licence fee that precludes the user from recovering what it considers an adequate return on its investment in its technology will result in there being no licence and no royalty. In the regulated context, it is the Board that must take account of such considerations. They are far from irrelevant.

[77] Contrary to what Justice Abella asserts, it will never be the case that, because a user makes a significant investment in technology or assumes substantial risk, royalties for the rights holder will amount to zero. From the moment the right is engaged, licence fees will necessarily follow. The amount of the fee will depend upon the Board's consideration of the evidence in each case, always having regard to the principles of technological neutrality and balance and any other factors it considers relevant.

l'utilisateur. En l'espèce, où les risques financiers découlant de l'investissement dans la nouvelle technologie et de son implantation ont été pris par l'utilisateur et où l'utilisation de reproductions des œuvres protégées par le droit d'auteur était accessoire, le principe de mise en équilibre supposerait que les redevances à verser au titulaire du droit d'auteur soient relativement peu élevées. Comme je vais l'expliquer, la méthode d'évaluation utilisée par la Commission n'a donné aucune indication selon laquelle les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ont été pris en compte pour fixer les redevances que devait payer la SRC à la SODRAC sur la base du ratio SODRAC/SOCAN pour la reproduction des œuvres.

[76] La juge Abella fait valoir que l'importance de l'investissement fait par l'utilisateur pour mettre en place la technologie dont il se sert ainsi que les risques qu'il a pris relativement à cette technologie « n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et [...] ne sont pas pertinent[s] » : par. 180. Je ne suis pas de cet avis. Dans un marché non réglementé, un utilisateur commercial examine toujours s'il est avantageux pour lui financièrement de payer les redevances exigées par le titulaire du droit d'auteur. S'il conclut que ces redevances l'empêcheraient d'obtenir un taux de rendement qu'il juge acceptable sur le capital qu'il a investi pour acquérir la technologie qu'il utilise, il n'y aura ni licence ni redevances. Dans un contexte réglementé, c'est la Commission qui doit tenir compte de tels facteurs. Ils sont loin de ne pas être pertinents.

[77] Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, jamais un investissement important par l'utilisateur dans une technologie ou le risque considérable qu'il a pu prendre n'auront pour effet de rendre nulles les redevances du titulaire du droit d'auteur. Dès lors que le droit entre en jeu, des redevances suivront. Le montant de ces dernières dépendra de l'examen de la preuve par la Commission dans chaque affaire, examen qui doit toujours tenir compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre ainsi que de tout autre facteur qu'elle juge pertinent.

[78] Justice Abella also says that these reasons represent “a significant departure from the principle [of technological neutrality] as it was articulated in *Entertainment Software Association*”: para. 181. The issue in *ESA* (and *Rogers*) was whether the telecommunication right was engaged; whether one technology achieved a result more efficiently than another was irrelevant to whether the right was engaged.

[79] Here, where the right is engaged, the issue becomes one of valuation of that right, and the principles of technological neutrality and balance must be adapted to the valuation context. When it is tasked with determining the value of a right, an important consideration for the Board is the value of that right to the user. The value of the use of reproductions in one technology may stem from functional differences from use in another technology. Value differences may also stem from internal efficiencies between technologies. Ignoring internal efficiencies would result in rights holders being denied additional royalties when the use of their copyrighted work in the more efficient technology confers greater value to the user of that technology. This would hardly constitute “gratuitous fees”, as asserted by Justice Abella: para. 182.

(4) The Board Did Not Consider the Principle of Technological Neutrality or Balance in Setting the Value of CBC’s Broadcast-Incidental Copying Licence With SODRAC

(a) *The Board’s Statutory Licence Decision*

[80] The Board received a detailed picture of the structure of both CBC and Astral’s broadcast systems, the copies that were made in those systems, and what purposes they served, largely through the testimony and report of Dr. Michael Murphy and CBC’s responses to interrogatories. Further, CBC and Astral’s statement of the case before the Board

[78] La juge Abella déclare aussi que les présents motifs constituent « un changement important par rapport à [l]a formulation [du principe de neutralité technologique] dans *Entertainment Software Association* » : par. 181. La question en litige dans *ESA* (ainsi que dans *Rogers*) était celle de savoir si le droit de télécommunication était en jeu; qu’une technologie ait atteint un résultat de façon plus efficace qu’une autre n’était pas pertinent.

[79] En l’espèce, où le droit entre en jeu, la question devient celle de la détermination de la valeur de ce droit, et les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre doivent être adaptés à ce contexte. Lorsqu’elle est appelée à déterminer la valeur d’un droit, il est important que la Commission prenne en considération la valeur de ce droit pour l’utilisateur. La valeur de l’utilisation de reproductions lorsqu’une technologie est utilisée peut découler de différences fonctionnelles par rapport à l’utilisation d’une autre technologie. Les différences de valeur peuvent aussi provenir de gains internes en efficacité des technologies. Ignorer ces gains priverait les titulaires de droits de redevances additionnelles lorsque l’utilisation de leur œuvre par la technologie plus efficace procure une plus grande valeur à l’utilisateur de cette technologie. Cela ne constituerait assurément pas des « redevances [...] injustifiées » comme le prétend la juge Abella : par. 182.

(4) La Commission n’a pas tenu compte des principes de neutralité technologique ou de mise en équilibre pour fixer la valeur de la licence de copies accessoires de diffusion qui lie la SRC et la SODRAC

a) *La décision de la Commission sur la licence légale*

[80] La Commission a obtenu un portrait détaillé de la structure des systèmes de diffusion de la SRC et d’Astral, des copies qui ont été faites dans le cadre de ces systèmes et des fins auxquelles ces dernières ont servi. C’est en grande partie grâce au témoignage et au rapport du Dr. Michael Murphy et des réponses de la SRC aux questions que la Commission

expressly identified technological neutrality as a relevant consideration:

The Board must apply the principle of technological neutrality. One should not artificially introduce technology issues that are unrelated to the nature of the work being valued. To the knowledge of Astral and SRC/CBC, there is not a single television producer in North America who has ever been required by a composer, screenwriter or other rights holder to pay a greater license fee for music because of alleged technological efficiencies. These are simply irrelevant considerations in the marketplace in view of the nature of the work being licensed. There is no reason for broadcasters to be treated any differently because the issue is brought before the Board. [A.R., vol. II, at pp. 190-91]

[81] Neither the record nor the Board's Statutory Licence Decision, in which it used a ratio based on the royalties CBC pays to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada ("SOCAN") to licence performance rights to determine SODRAC royalties, gives any indication that the Board considered balance and technological neutrality in arriving at a valuation of the copyright-protected work. There is no indication that the relative value derived from the use of copyright-protected works in CBC's digital technology as compared to its prior analog technology, or the relative contributions of the CBC and SODRAC to the analog and digital technologies were considered.

[82] The Board concluded in this case that, "[s]ince these [digital content-management] technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies": Statutory Licence Decision, at para. 81. The value the Board ascribed to the uses of broadcast-incidental copies by CBC

a obtenu ces renseignements. De plus, les mémoires de la SRC et d'Astral déposés devant la Commission mentionnent expressément la neutralité technologique comme étant un facteur pertinent :

[TRADUCTION] La Commission doit appliquer le principe de neutralité technologique. On doit se garder de soulever artificiellement des questions de technologie qui n'ont rien à voir avec la nature de l'œuvre qui est évaluée. À la connaissance d'Astral et de la SRC, aucun producteur de télévision en Amérique du Nord n'a jamais été tenu par un compositeur, un scénariste ou autre titulaire de droits de verser des redevances supérieures relativement à une musique en raison de prétendus gains technologiques en efficacité. Il s'agit là de considérations tout simplement sans pertinence dans le marché compte tenu de la nature de l'œuvre faisant l'objet de la licence. Il n'y a aucune raison de traiter les diffuseurs différemment parce que la Commission est saisie de la question. [d.a., vol. II, p. 190-191]

[81] Ni le dossier ni la Décision sur la licence légale de la Commission — dans laquelle elle a utilisé un ratio basé sur les redevances payées par la SRC à la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (« SOCAN ») pour les droits d'exécution afin de déterminer les redevances de la SODRAC — n'indiquent qu'elle a pris en considération la mise en équilibre et la neutralité technologique pour effectuer son évaluation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur. Rien n'indique que la valeur relative découlant de l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur au moyen de la technologie numérique de la SRC en comparaison avec celle procurée au moyen de la technologie analogique qu'elle utilisait auparavant ou que les contributions relatives de la SRC et de la SODRAC aux technologies analogiques et numériques ont été prises en considération.

[82] La Commission a conclu dans la présente affaire que, « [p]uisque ces technologies [de gestion du contenu numérique] supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires » : Décision sur la licence légale, par. 81. La valeur que la Commission a attribuée

seems to have been based, at least to some extent, on the fact that more copies were being made under CBC's digital content-management system, although the valuation formula the Board prescribed does not appear to be related to the use of additional copies.

(b) *The Federal Court of Appeal Decision*

[83] The Federal Court of Appeal summarized the Board's approach as finding that, "[s]imply put, more copies mean more value and thus, more royalties": para. 28. The court ultimately upheld the Board's approach: para. 49. The notion that "more copies mean more value and thus, more royalties" is appealing in its simplicity. However, it is out of step with the principles of technological neutrality and balance.

[84] The making of broadcast incidental copies cannot be equated with, for example, the copying of books. With a book, the author expects a return for the original expression that the *Copyright Act* has encouraged him to expend in producing the work. If copyright is infringed by the making and sale of unlicensed copies, an arithmetic approach (aggregating each lost royalty on each lost sale) would be one way of measuring the resulting loss.

[85] However, where additional copies are made and used internally in an improved or more efficient broadcasting process, they are only made to render the process feasible. This process might only allow the user to keep up with the competition by reducing costs or by saving time, for example. It might even only allow the user of the copies to limit its losses. This is far from benefits that are proportional to the number of copies made. The Federal Court of Appeal set out a fair reading of *ESA* when it described it as establishing that "[t]echnological neutrality is determined by functional equivalence": para. 39. I would add that, to the extent the Federal

aux utilisations des copies de diffusion accessoires par la SRC semble avoir été fondée, au moins dans une certaine mesure, sur le fait que plus de copies étaient faites avec le système de gestion de contenu numérique de la SRC, même si la formule pour fixer la valeur prescrite par la Commission ne semble pas liée à l'utilisation de copies supplémentaires.

b) *La décision de la Cour d'appel fédérale*

[83] La Cour d'appel fédérale a résumé l'approche retenue par la Commission comme impliquant que, « [e]n termes simples, plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » : par. 28. En définitive, la cour a maintenu l'approche de la Commission : par. 49. Le concept selon lequel « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances » a l'avantage d'être simple. Il est cependant contraire aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[84] La confection des copies accessoires de diffusion ne peut être mise sur un pied d'égalité avec, par exemple, la reproduction de livres. Avec un livre, l'auteur s'attend à une compensation pour l'originalité d'expression dont la *LDA* l'a encouragé à faire montre lorsqu'il a produit l'œuvre. En cas de violation du droit d'auteur par la confection ou la vente de copies non autorisées, une approche mathématique (qui consisterait à faire la somme des redevances perdues) serait une façon de mesurer la perte encourue.

[85] Cependant, lorsque des copies additionnelles sont confectionnées et utilisées à l'interne dans le cadre d'un processus de diffusion amélioré ou plus efficace, elles ne sont confectionnées que pour rendre le processus possible. Il se pourrait que ce processus soit utile uniquement pour faire face à la compétition en réduisant ses coûts ou en permettant des économies de temps, par exemple. Il se pourrait même qu'il ne fasse que limiter les pertes de l'utilisateur des copies. On est alors loin de bénéfices qui sont proportionnels aux nombres de copies qui ont été confectionnées. La Cour d'appel fédérale a interprété correctement l'arrêt *ESA* lorsqu'elle a dit que,

Court of Appeal suggested that the principle is concerned only with delivery of works, it read the principle too narrowly. The *Copyright Act* as a whole is to be read having regard to the principles of technological neutrality and balance, unless its text indicates otherwise. *ESA's* focus on delivery of works was a specific application of the general principle, based on the questions presented in that case; the principle is not confined to that context.

[86] The context here is the fixing of royalties by the Board under s. 70.2 of the Act. In that context, adherence to the principles of technological neutrality and balance require that account be taken of the value that the reproductions of the copyright-protected work contribute in the digital as compared to the analog technology, and of the relative contributions of the reproductions and the user's investment and risk in providing the new technology.

(c) *The History of the Board's 1:3.2 Ratio*

[87] A review of the history of the Board's valuation methodology does not give any indication that the principles of technological neutrality and balance were considered, either explicitly or implicitly. The Board calculated the broadcast-incidental copy fee by setting it at 31.25 percent of the fee CBC pays to SOCAN to license performance rights, for a ratio between broadcast-incidental copying fees and performance fees of 1:3.2, which, expressed as a percentage, is 31.25 percent, subject to repertoire adjustment. The Board selected this 1:3.2 ratio based on its earlier use in a series of cases setting the relative values of broadcast-incidental copying and performance royalties in the commercial radio context. The Board in this case found the ratio

selon cette décision, « [l']équivalence fonctionnelle détermine la neutralité technologique » : par. 39. J'ajouterais que, dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a donné à entendre que le principe ne s'applique qu'à la livraison des œuvres, elle l'a interprété de manière trop restrictive. À moins d'une indication contraire dans son libellé, la *LDA* dans son ensemble doit être interprétée en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre. L'accent mis sur la livraison des œuvres dans l'arrêt *ESA* témoignait d'une application spécifique du principe général, compte tenu des questions soulevées dans cette affaire; le principe n'est pas confiné à ce seul contexte.

[86] En l'espèce, le contexte est celui de la fixation des redevances par la Commission en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi*. Dans ce contexte, adhérer aux principes de neutralité technologique et de mise en équilibre exige qu'il soit tenu compte de la valeur qu'apportent les reproductions d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un contexte numérique par rapport à celle qu'elles apportent dans un contexte de technologie analogique ainsi que des contributions relatives des reproductions et de l'investissement de l'utilisateur dans la nouvelle technologie et du risque qu'il a assumé en l'adoptant.

c) *L'historique du ratio de 1:3.2 de la Commission*

[87] L'examen de l'historique de la méthode d'évaluation retenue par la Commission ne donne aucune indication que cette dernière a pris en considération les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, que ce soit explicitement ou implicitement. La Commission a calculé les redevances au titre des copies accessoires de diffusion, les fixant à 31,25 % de celles que verse la SRC à la SOCAN au titre des droits d'exécution. Cela donne un ratio entre les redevances au titre des copies accessoires de diffusion et celles au titre de l'exécution de 1:3.2, ce qui correspond à 31,25 %, sans réserve d'un ajustement de repertoire. La Commission a porté son choix sur ce ratio de 1:3.2 compte tenu de son utilisation antérieure pour une série de dossiers

to be equally applicable to the television context: para. 109.

[88] The 1:3.2 ratio has its origins in the Board's 2003 decision regarding commercial radio licence fee: *Statement of Royalties to be Collected by CMRRA/SODRAC Inc. for the Reproduction of Musical Works, in Canada, by Commercial Radio Stations in 2001, 2002, 2003 and 2004*, decision of the Board, March 28, 2003 (online) ("*Commercial Radio 2003*"). In that matter, the Board was tasked with setting tariffs for broadcast-incident copying in the commercial radio context.

[89] The Board considered three factors that it found relevant in supporting the tariff rate it ultimately selected. First, it found that the existence of the reproduction right "tends to plead in favour of a royalty that is more than nominal, even though its use in the course of broadcasting operations is secondary to broadcasting": *Commercial Radio 2003*, at p. 13. Second, it found that "the use of new broadcasting techniques lowers costs for radio stations. Copying music to a hard drive optimizes the use of these new techniques, thus entitling rights holders to a fair share of the efficiencies arising from this reproduction": *ibid.*, at p. 13. Third, the Board found the "optional" nature of the tariff (insofar as radio stations could avoid the tariff by declining to make broadcast-incident copies) allayed concerns that a high tariff might discourage innovation in broadcasting techniques: *ibid.*, at p. 13.

[90] The Board then weighed these factors and concluded that a base rate of 1 percent of the user's gross revenues was appropriate, subject to

dans lesquels ont été fixées les valeurs respectives des redevances au titre des copies accessoires de diffusion et au titre de l'exécution dans le contexte de la radio commerciale. Dans la présente affaire, la Commission a conclu que le ratio était également applicable au contexte télévisuel : par. 109.

[88] Le ratio de 1:3,2 tire son origine de la décision rendue par la Commission en 2003 concernant les redevances pour la radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la CMRRA/SODRAC Inc. pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales en 2001, 2002, 2003 et 2004*, décision de la Commission, 28 mars 2003 (en ligne) (« *Radio commerciale 2003* »). Dans ce dossier, la Commission a été appelée à fixer les tarifs de copies accessoires de diffusion dans le contexte de la radio commerciale.

[89] La Commission a alors pris en considération trois facteurs qu'elle a jugés pertinents aux fins de soutenir le tarif qu'elle a sélectionné en définitive. Premièrement, elle a conclu que l'existence du droit de reproduction « tend à favoriser l'établissement d'une redevance plus que nominale, et ce, même si l'utilisation [de ce droit] dans le cadre d'activités de diffusion est une utilisation accessoire à cette diffusion » : *Radio commerciale 2003*, p. 13. Deuxièmement, a-t-elle conclu, « l'utilisation des nouvelles techniques de diffusion entraîne une baisse des coûts pour les stations de radio. La reproduction de la musique sur disque dur, qui optimise l'utilisation de ces nouvelles techniques, fait en sorte que les titulaires ont droit à une juste part des efficiencies qui découlent de cette reproduction » : *ibid.*, p. 13. Troisièmement, la Commission a conclu que la nature « optionnelle » du tarif (dans la mesure où les postes de radio pourraient éviter le tarif en refusant de faire des copies accessoires de diffusion) apaisait les craintes qu'un tarif élevé puisse décourager l'innovation dans les techniques de diffusion : *ibid.*, p. 13.

[90] La Commission a ensuite soupesé ces facteurs et conclu qu'un tarif de base de 1 % des recettes brutes de l'utilisateur était juste, sous réserve

adjustment based on repertoire size: *Commercial Radio 2003*, at p. 14. At the time, SOCAN was entitled to a performance tariff of 3.2 percent of gross revenues, thus establishing a ratio of broadcast-incident copying and performance tariffs at 1:3.2.

[91] In 2010, the Board was again tasked with setting reproduction and performance royalties to be paid to collective rights organizations for commercial radio activities: *Statement of Royalties to be Collected by SOCAN, Re: Sound, CSI, AVLA/SOPROQ and Artisti in Respect of Commercial Radio Stations*, decision of the Board, July 9, 2010 (online) (“*Commercial Radio 2010*”). In that matter, the Board reaffirmed the 1:3.2 ratio, underscored the fact that this ratio was supported in part based on the efficiency gains realized through digital technology, and applied it to set tariffs for broadcast-incident copying: para. 223.

(d) *The Application of Technological Neutrality and Balance to the Valuation Analysis*

[92] It is evident both from the Board’s reasons in this case and the reasoning underlying the historical use of the 1:3.2 ratio that the valuation of the licence fee covering CBC’s broadcast-incident copying did not apply a valuation method consistent with the principle of technological neutrality because there was no comparison of the value contributed by the copyright-protected reproductions as between CBC’s prior technology and its new digital technology. It also failed to take into account the relative contributions made by the use of copyright-protected works and the risk and investment by the user in its digital technology, as required by the balance principle.

d’un rajustement fondé sur la taille du répertoire : *Radio commerciale 2003*, p. 14. À l’époque, la SOCAN avait droit à un tarif au titre de l’exécution de 3,2 % des recettes brutes, ce qui établissait le ratio pour les copies accessoires de diffusion et les tarifs d’exécution à 1:3.2.

[91] En 2010, la Commission a encore une fois été appelée à fixer des redevances d’exécution et de reproduction à verser à des sociétés de gestion collective pour les activités de radio commerciale : *Tarif des redevances à percevoir par la SOCAN, Ré: Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et Artisti à l’égard des stations de radio commerciale*, décision de la Commission, 9 juillet 2010 (en ligne) (« *Radio commerciale 2010* »). Dans cette affaire, la Commission a confirmé le ratio de 1:3.2, a souligné le fait que ce ratio était justifié en partie par les gains d’efficacité réalisés grâce à une technologie numérique, et a appliqué celui-ci pour fixer des tarifs au titre des copies accessoires de diffusion : para. 223.

d) *L’application des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre à l’analyse de la valeur*

[92] Il ressort clairement des motifs de la Commission dans le présent dossier et du raisonnement qui sous-tend son utilisation du ratio de 1:3.2 dans le passé qu’en procédant à la détermination des redevances que doit verser la SRC au titre des copies accessoires de diffusion, la Commission n’a pas appliqué une méthode d’évaluation compatible avec le principe de neutralité technologique. En effet, elle n’a procédé à aucune comparaison de la valeur générée par les reproductions d’œuvres protégées par le droit d’auteur lorsque la SRC utilisait la technologie antérieure par rapport à cette valeur lorsqu’elle utilise sa nouvelle technologie numérique. La Commission a également omis de prendre en considération les contributions relatives découlant de l’utilisation des œuvres protégées par le droit d’auteur par rapport au risque qu’a pris l’utilisateur et à son investissement pour acquérir sa technologie numérique, tel que l’exige le principe de mise en équilibre.

[93] One may argue that the complexities of technological systems and business models mean there is no objective way to determine how much of the value generated by a technologically dependent system should be allocated to right holders and how much should be allocated to the user, in view of technological neutrality and balance. It is the Board's duty to apply the principles of technological neutrality and balance in a reasonable and coherent manner. Whenever the Board engages in the valuation of a licence or tariff, it arrives at a determination by applying its experience and expertise to weigh evidence that may not be reducible to an objective economic valuation. This difficulty, however, should not mean that the Board cannot carefully consider expert evidence, the availability of any suitable proxies, and other relevant considerations in arriving at a reasonable valuation. Overall, the Board's valuation analysis must comport with the *Copyright Act's* fundamental requirement to recognize technological neutrality and balance between user and right-holder interests. In licence proceedings where technological neutrality and balance are relevant, it will be for the Board to establish how evidence bearing on these principles will be presented. Since a party is generally required to provide evidence of what is necessary to support its claim, the Board may well consider placing the onus on the right holder to assert how the use of a copyright-protected work should justify its desired licence fee, with the onus then on the user to demonstrate why a lower fee is justified.

[94] I do not, however, attempt to dictate the procedures the Board must follow in its licence proceedings, as it enjoys the discretion to set its own procedures and practices in each case, subject to its regulations as approved by the Governor in Council: *Copyright Act*, s. 66.6(1).

[93] D'aucuns pourraient prétendre qu'en raison de la complexité des systèmes technologiques et des modèles d'entreprise, il n'existe aucune manière objective de déterminer la part de la valeur générée par un système qui dépend de la technologie que l'on doit attribuer aux titulaires d'un droit et la part que l'on doit attribuer à l'utilisateur, compte tenu de la neutralité technologique et de la mise en équilibre. Il incombe néanmoins à la Commission d'appliquer les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre de manière raisonnable et cohérente. Lorsqu'elle procède à l'évaluation d'une licence ou d'un tarif, la Commission arrive à une décision en se servant de son expérience et de son expertise pour soupeser une preuve qui peut ne pas se réduire à une évaluation économique objective. Il ne faut toutefois pas déduire de l'existence de cette difficulté que la Commission ne peut pas examiner soigneusement une preuve d'expert, l'existence d'approximations applicables et d'autres facteurs pertinents pour en arriver à une évaluation raisonnable. Dans l'ensemble, l'analyse de la valeur faite par la Commission doit être conforme à l'exigence selon laquelle il faut reconnaître la neutralité technologique et l'équilibre établi par la *LDA* entre les droits des utilisateurs et ceux des titulaires du droit d'auteur. Dans les instances en matière de licence où la neutralité technologique et la mise en équilibre sont pertinentes, il incombe à la Commission d'établir le mode de présentation de la preuve ayant trait à ces principes. Puisqu'une partie est généralement tenue de fournir une preuve de ce qui est nécessaire pour étayer ses prétentions, la Commission peut fort bien envisager d'imposer au titulaire d'un droit l'obligation de démontrer comment l'utilisation d'une œuvre protégée par un droit d'auteur devrait justifier les redevances qu'il réclame, l'utilisateur étant ensuite tenu de démontrer pourquoi des redevances inférieures sont justifiées.

[94] Toutefois, loin de moi l'idée d'imposer la procédure que la Commission doit suivre dans le cadre des instances en matière de licence dont elle est saisie, car elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour établir ses propres pratiques et procédures dans chaque cas, sous réserve des règlements qu'elle prend et qui sont approuvés par le gouverneur en conseil : *LDA*, par. 66.6(1).

[95] There will no doubt be a degree of informed judgment in the valuation analysis, as there is some amount of informed judgment in all licence proceedings in which the Board is called upon to assign monetary figures to uses of copyright-protected works whose value is not easily quantified. Nevertheless, the Board must ground its decisions in the *Copyright Act*, the principles of technological neutrality and balance, its expertise, and the evidence before it.

[96] I conclude that the Board's decision was unreasonable in that it did not consider how the principles of technological neutrality and balance ought to have been reflected in the licence fees imposed on CBC with regard to its television and Internet broadcast-incidental copying activity. I would remit the matter to the Board for reconsideration of those portions of the Statutory Licence Decision that address these fees with instructions to conduct its analysis in a manner that is consistent with technological neutrality and balance, as discussed above.

D. *The Board's Interim Decision*

(1) The Board's "Status Quo" Approach Was Reasonable

[97] The Board is empowered by s. 66.51 of the *Copyright Act* to issue interim orders. The language of s. 66.51 is discretionary: "The Board *may*, on application, make an interim decision." The statute provides no further indication of how the Board is to exercise its discretion in issuing or choosing not to issue interim decisions.

[98] In issuing its Interim Licence Decision, the Board observed that "[a]n interim decision serves chiefly to avoid the negative consequences caused by the length of the proceedings and may serve to avoid the legal vacuums created when protected works are used without authorization": para. 17. In its opinion, "the best way to achieve the objectives of an interim decision is to maintain the status quo

[95] Il faudra évidemment faire preuve d'un certain degré de jugement éclairé dans l'analyse de la valeur, tout comme dans toutes les instances en matière de licence dans lesquelles la Commission est appelée à attribuer une valeur monétaire à des utilisations d'œuvres protégées par un droit d'auteur dont la valeur n'est pas aisément quantifiée. Néanmoins, la Commission doit fonder ses décisions sur la *LDA*, sur les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre, sur son expertise et sur la preuve produite.

[96] Je conclus que la décision de la Commission était déraisonnable au motif qu'elle n'a pas pris en considération la manière dont les principes de neutralité technologique et de mise en équilibre devaient se refléter dans les redevances imposées à la SRC en ce qui concerne sa confection de copies accessoires de diffusion pour la télévision et Internet. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Commission pour nouvel examen des portions de la Décision sur la licence légale qui portent sur ces redevances et nouvelle analyse d'une manière qui concorde avec la neutralité technologique et avec la mise en équilibre, tel qu'il en a été question précédemment.

D. *Décision provisoire de la Commission*

(1) Le maintien du « statu quo » par la Commission était raisonnable

[97] La Commission est habilitée par l'art. 66.51 de la *LDA* à rendre des ordonnances provisoires. Le libellé de l'art. 66.51 lui confère un pouvoir discrétionnaire : « La Commission *peut*, sur demande, rendre des décisions provisoires. » La loi ne précise pas la manière dont la Commission doit exercer ce pouvoir pour rendre ou choisir de ne pas rendre des décisions provisoires.

[98] Lorsqu'elle a rendu la Décision sur la licence provisoire, la Commission a fait remarquer qu'« [u]ne décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures et peut servir à éviter les vides juridiques créés lorsqu'il y a une utilisation d'œuvres protégées sans autorisation » : par. 17. À son avis, « la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est

while avoiding a legal vacuum”, unless a balance of convenience indicates that a change to the status quo is appropriate: para. 18.

[99] I am unpersuaded by CBC’s argument that the Board’s approach to identifying the status quo and using it as the basis for an interim licence has impermissibly “fettered its discretion by adopting an overly restrictive definition of the status quo”: A.F., at para. 139. The Board’s approach allows it to avoid the uncertainty and legal vacuums that would occur in the absence of an interim decision, and the use of the licence terms in effect immediately prior to the entering into effect of the interim decision provides for continuity between the previous arrangement and the interim licence. Further, the Board’s acknowledgment that factors may sometimes justify departing from the status quo where indicated by the balance of convenience provides that the Board has not completely fettered its discretion.

[100] I find nothing unreasonable in the Board’s approach to identifying and using the 2008-2012 statutory licence as the status quo in this case. However, in view of the fact that I would remit the matter for reconsideration of the 2008-2012 licence as set out above, it will be necessary for the Board to reconsider the terms of the interim statutory licence to ensure that it is consistent with the Board’s redetermination of the 2008-2012 licence fee.

(2) The Board May Not Compel a User to Agree to the Terms of a Licence Against the Will of the User

[101] CBC argues that, while the Board may fix the royalties to be paid under the statutory licensing procedure created by s. 70.2 of the *Copyright Act*, the Board may not set the other terms or structure of that licence. Specifically, CBC takes issue with the Board’s decision to impose an interim licence on a blanket basis, such that CBC pays for access to the entire SODRAC repertoire, rather than on

de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique », à moins qu’un changement au statu quo soit souhaitable, eu égard à la prépondérance des inconvénients : par. 18.

[99] Je ne peux retenir l’argument de la SRC selon lequel la manière dont la Commission a déterminé le statu quo et l’a utilisé pour fonder une licence provisoire a de façon inadmissible [TRADUCTION] « fait entrave à son pouvoir discrétionnaire en adoptant une définition excessivement restrictive du statu quo » : m.a., par. 139. La méthode retenue par la Commission permet à cette dernière d’éviter l’incertitude et les vides juridiques qui surviendraient en l’absence d’une décision provisoire, et l’utilisation des modalités de la licence en vigueur immédiatement avant l’entrée en vigueur de la décision provisoire assure la continuité entre l’accord précédent et la licence provisoire. En outre, sa reconnaissance que certains facteurs pourraient parfois justifier une dérogation au statu quo eu égard à la prépondérance des inconvénients indique que la Commission n’a pas complètement fait abstraction de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Je ne vois rien de déraisonnable dans la manière dont la Commission a choisi et utilisé la licence légale 2008-2012 comme statu quo dans la présente affaire. Toutefois, comme je suis d’avis de lui renvoyer le dossier pour réexamen de la licence 2008-2012 ainsi que je l’ai mentionné précédemment, la Commission devra revoir les modalités de la licence légale provisoire pour veiller à ce que celles-ci concordent avec sa nouvelle décision sur les redevances visées par la licence 2008-2012.

(2) La Commission ne peut contraindre un utilisateur à accepter contre son gré les modalités d’une licence

[101] La SRC fait valoir que, si elle peut fixer les redevances à payer en application de la procédure d’octroi de licences légales créée par l’art. 70.2 de la *LDA*, la Commission ne peut cependant pas énoncer les autres modalités ou la structure de cette licence. Plus spécifiquement, la SRC conteste la décision de la Commission d’imposer une licence provisoire de manière générale, obligeant ainsi la

CBC's preferred transactional basis, whereby CBC would pay only whenever it actually used a work from the SODRAC repertoire. A blanket licence grants access to SODRAC's entire repertoire for its duration, and thus reduces CBC's ability to control its licensing costs. Under a transactional licence, by contrast, CBC may choose in any given situation whether it wishes to license a particular work or forego making use of SODRAC music. CBC argues that if the collective organization and the user disagree over the model a licence is to take — blanket or transactional — the Board lacks the power to compel the execution of a licence.

[102] SODRAC counters that the Board has the power to issue licences in either blanket or transactional form, and should have this power in all proceedings under s. 70.2. To hold otherwise, it argues, would be “to make the Board’s remedial jurisdiction under section 70.2 dependent upon the consent of a user, [and] would be at odds with its mandate to resolve disputes”: R.F., at para. 133.

[103] Though CBC first raised this issue in the context of the Board’s Interim Licence Decision, the dispute relates generally to the Board’s power to structure licences, whether interim or not: Does the Board’s power to set the terms of a licence include the power to bind the parties to those terms?

[104] I do not read the *Copyright Act* to necessitate that decisions made pursuant to the Board’s licence-setting proceedings under s. 70.2 have a binding effect against users. Section 70.2(1) itself provides that where a collective organization and a user cannot agree on the terms of a licence, either party may apply to the Board to “fix the royalties and their related terms and conditions”. This grant of power speaks of the Board’s authority to set

SRC à verser une somme d’argent pour avoir accès au répertoire complet de la SODRAC, plutôt qu’à la pièce, comme elle le souhaite, ce qui lui permettrait de ne payer que lorsqu’elle utilise effectivement une œuvre puisée dans ce répertoire. Une licence générale accorde pour toute sa durée un accès au répertoire complet de la SODRAC et réduit ainsi la capacité de la SRC de contrôler ses coûts de licence. Par opposition, une licence ponctuelle permettrait à la SRC de choisir, dans une situation donnée, si elle souhaite obtenir une licence à l’égard d’une œuvre donnée ou renoncer à utiliser la musique de la SODRAC. La SRC soutient que, si la société de gestion et l’utilisateur ne peuvent s’entendre sur le modèle que doit revêtir une licence — générale ou ponctuelle —, la Commission n’a pas le pouvoir de forcer la passation d’une licence.

[102] La SODRAC soutient en revanche que la Commission est habilitée à octroyer des licences — générales ou ponctuelles — et qu’elle devrait détenir ce pouvoir dans toutes les instances fondées sur l’art. 70.2. Si on concluait le contraire, affirme-t-elle, [TRADUCTION] « la compétence de la Commission en matière de réparation en application de l’art. 70.2 serait tributaire du consentement d’un utilisateur, [...] ce qui serait contraire au mandat qui est le sien de résoudre des conflits » : m.i., par. 133.

[103] Bien que la SRC ait soulevé cette question dans le contexte de la Décision sur la licence provisoire de la Commission, le litige se rapporte généralement au pouvoir de la Commission de structurer les licences, qu’elles soient provisoires ou non : le pouvoir de la Commission de fixer les modalités d’une licence emporte-t-il le pouvoir de lier les parties à ces modalités?

[104] À mon avis, la LDA n’exige pas que les décisions prises dans le cadre des instances de la Commission visant à fixer les modalités d’une licence en vertu de l’art. 70.2 aient un effet obligatoire à l’égard des utilisateurs. Le paragraphe 70.2(1) lui-même prescrit que lorsque la société de gestion et l’utilisateur ne peuvent s’entendre sur les modalités d’une licence, l’une ou l’autre partie peut s’adresser à la Commission et

down in writing a set of terms that, in its opinion, represent a fair deal to license the use of the works at issue. It says nothing, however, about whether these terms are to be binding against the user.

[105] The statutory context supports the conclusion that licences crafted pursuant to s. 70.2 proceedings are not automatically binding on users. Section 70.4 of the Act provides:

70.4 Where any royalties are fixed for a period pursuant to subsection 70.2(2), the person concerned may, during the period, subject to the related terms and conditions fixed by the Board and to the terms and conditions set out in the scheme and on paying or offering to pay the royalties, do the act with respect to which the royalties and their related terms and conditions are fixed and the collective society may, without prejudice to any other remedies available to it, collect the royalties or, in default of their payment, recover them in a court of competent jurisdiction.

[106] This provision makes it clear that a user whose copying activities were the subject of a s. 70.2 proceeding *may* avail itself of the terms and conditions established by the Board as a way to gain authorization to engage in the activity contemplated in the Board proceeding. The language of s. 70.4 does not, of its own force, bind the user to the terms and conditions of the licence.

[107] The conclusion that Board licences established pursuant to s. 70.2 are not binding on users comports with the more general legal principle that “no pecuniary burden can be imposed upon the subjects of this country, by whatever name it may be called, whether tax, due, rate or toll, except upon clear and distinct legal authority”: *Gosling v. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, at p. 407, as approved and adopted in *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 15, [2001] 1 S.C.R. 470, at para. 77, and *Attorney-General v. Wilts United Dairies, Ltd.*

lui demander de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] ». Cela témoigne du pouvoir de la Commission de formuler par écrit une série de modalités qui, à son avis, représentent une entente raisonnable en vue d’autoriser l’utilisation des œuvres en cause. Cette disposition reste cependant muette sur la question de savoir si ces modalités doivent lier l’utilisateur.

[105] Le contexte législatif permet de conclure que les modalités dont les licences sont assorties dans le cadre d’instances tenues en application de l’art. 70.2 ne lient pas automatiquement les utilisateurs. L’article 70.4 de la LDA prescrit ce qui suit :

70.4 L’intéressé peut, pour la période arrêtée par la Commission, accomplir les actes à l’égard desquels des redevances ont été fixées, moyennant paiement ou offre de paiement de ces redevances et conformément aux modalités afférentes fixées par la Commission et à celles établies par la société de gestion au titre de son système d’octroi de licences. La société de gestion peut, pour la même période, percevoir les redevances ainsi fixées et, indépendamment de tout autre recours, en poursuivre le recouvrement en justice.

[106] Il est clair, suivant cette disposition, que l’utilisateur dont la confection de copies a fait l’objet d’une instance fondée sur l’art. 70.2 *peut* se prévaloir des modalités fixées par la Commission comme moyen pour obtenir l’autorisation d’accomplir l’activité envisagée dans le cadre de l’instance qui se déroule devant la Commission. Le texte de l’art. 70.4 en lui-même ne lie donc pas l’utilisateur aux modalités dont la licence est assortie.

[107] La conclusion selon laquelle les licences dont les modalités sont fixées par la Commission en vertu de l’art. 70.2 ne lient pas les utilisateurs est compatible avec le principe juridique plus général selon lequel « aucune charge pécuniaire ne peut être imposée aux sujets de ce pays, peu importe le nom qu’on lui donne, qu’il s’agisse d’une taxe, d’une cotisation, d’un tarif ou d’un péage, sauf en vertu d’une autorité légale claire et distincte » : *Gosling c. Veley* (1850), 12 Q.B. 328, 116 E.R. 891, p. 407, tel qu’approuvé et adopté dans *Ontario English Catholic Teachers’ Assn. c. Ontario (Procureur général)*,

(1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), at p. 885. To bind a user to a licence would be to make it liable according to its terms and conditions should it engage in the covered activity. In the absence of clear and distinct legal authority showing that this was Parliament's intent, the burdens of a licence should not be imposed on a user who does not consent to be bound by its terms.

[108] SODRAC's framing of the issue is not entirely wrong: the Board does have the power under s. 70.2 to "fix the royalties and their related terms and conditions". That is, the Board may decide upon a fair royalty to be paid should the user decide to engage in the activity at issue under the terms of a licence. However, this power does not contain within it the power to force these terms on a user who, having reviewed the terms, decided that engaging in licensed copying is not the way to proceed. Of course, should the user then engage in unauthorized copying regardless, it will remain liable for infringement. But it will not be liable as a licensee unless it affirmatively assumes the benefits and burdens of the licence.

[109] The matter is complicated considerably by the fact that the Board's statutory licence decisions have, in recent years, taken on an increasingly retroactive character. CBC's statutory licence in this case provides an example: the licence covers the period from November 2008 to March 2012, but the Board's final decision was issued on November 2, 2012, after the term of the licence had expired. In situations like these, the Board may issue interim licences that seek to fill the legal vacuum before the final decision is ready, but this leaves a user to operate based on assumptions about how their ultimate liability for actions taken during the interim period will be evaluated.

2001 CSC 15, [2001] 1 R.C.S. 470, par. 77, et *Attorney-General c. Wilts United Dairies, Ltd.* (1921), 37 T.L.R. 884 (C.A.), p. 885. Lier un utilisateur à l'égard d'une licence reviendrait à l'assujettir à ses modalités s'il en venait à accomplir l'activité visée. En l'absence, dans la loi, d'un pouvoir clair et distinct démontrant que c'était là l'intention du législateur, le fardeau d'une licence ne devrait pas être imposé à l'utilisateur qui ne consent pas à être lié par ses modalités.

[108] La formulation de la question en litige par la SODRAC n'est pas entièrement erronée : la Commission a effectivement le pouvoir, aux termes de l'art. 70.2, de « fixer ces redevances ou modalités [afférentes] », ce qui signifie qu'elle peut fixer des droits d'auteur équitables à verser si l'utilisateur décide d'accomplir l'activité en cause suivant les modalités d'une licence. Toutefois, ce pouvoir n'emporte pas en lui-même celui de contraindre l'utilisateur à accepter ces modalités lorsqu'après les avoir examinées, il décide de ne pas effectuer les copies visées par la licence. Évidemment, si l'utilisateur effectue ensuite des copies non autorisées, il demeurera responsable de la violation. Par contre, il ne sera pas responsable en tant que titulaire à moins qu'il ne souscrive expressément aux avantages et aux obligations dont la licence est assortie.

[109] L'affaire est considérablement compliquée par le fait que, au cours des récentes années, les décisions de la Commission sur les licences légales ont revêtu un caractère de plus en plus rétroactif. La licence légale de la SRC dans la présente affaire en est un exemple : elle couvre la période allant du mois de novembre 2008 au mois de mars 2012, alors que la décision finale de la Commission a été rendue le 2 novembre 2012, après l'expiration des modalités de la licence. Dans de telles situations, la Commission peut octroyer des licences provisoires qui visent à combler le vide juridique avant que la décision finale ne soit prête. Cela signifie cependant que l'utilisateur doit mener ses activités sur le fondement de suppositions sur la manière dont sera évaluée sa responsabilité en définitive pour des actes accomplis dans l'intervalle.

[110] Should a user engage in copying activity under an interim licence, and then find itself presented with a final licence whose terms it would not voluntarily assume, the user is left in a difficult position: accept the terms of an undesirable licence, or decline the licence and retroactively delegitimize the covered activity engaged in during the interim period, risking an infringement suit. This dilemma may mean that a user who operates under an interim licence has no *realistic* choice but to assume the terms of the final licence.

[111] While I find this possibility troubling, I do not find that this result would detract from the more general proposition that there is no legal basis on which to hold users to the terms of a licence without their assent. The licence is not *de jure* binding against users, even if the particulars of a specific proceeding, and a user's decision to engage in covered activity during an interim period, may mean that the user does not *de facto* have a realistic choice to decline the licence.²

[112] I conclude that the statutory licensing scheme does not contemplate that licences fixed by the Board pursuant to s. 70.2 should have a mandatory binding effect against users. However, this case does not require this Court to decide whether the same is true of collective organizations. It may be that the statutory scheme's focus on regulating the actions of collective organizations, and the case law's focus on ensuring that such organizations do not devolve into "instruments of oppression and extortion" (*Vigneux v. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] S.C.R. 348, at p. 354, per Duff J., quoting *Hanfstaengl v. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, at p. 128) would justify finding that the Board

² During the hearing before this Court, counsel for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz briefly raised concerns regarding the Board's power to issue retroactively binding decisions in general. That issue was not squarely before this Court in this case, and I do not purport to decide broader questions concerning the legitimacy of or limits on the Board's power to issue retroactive decisions here.

[110] S'il en venait à faire des copies en vertu d'une licence provisoire et qu'il obtenait ensuite une licence définitive dont il n'acceptait pas volontairement les modalités, l'utilisateur se retrouvait devant un choix difficile : accepter les modalités d'une licence qui lui est indésirable ou refuser la licence et rendre invalide rétroactivement l'activité visée qu'il a menée dans l'intervalle, et ainsi risquer une action en contrefaçon. En raison de ce dilemme, l'utilisateur qui mène ses activités en vertu d'une licence provisoire pourrait n'avoir d'autre choix *réaliste* que d'accepter les modalités dont la licence définitive est assortie.

[111] Si cette possibilité me paraît déconcertante, je ne crois pas que ce résultat déroge à la proposition plus générale selon laquelle il n'y a aucun fondement juridique permettant de contraindre les utilisateurs à accepter contre leur gré les modalités d'une licence. Celle-ci ne lie pas les utilisateurs en droit même si les particularités d'une instance donnée et la décision d'un utilisateur de mener l'activité visée au cours d'une période intérimaire peuvent signifier qu'il n'a pas dans les faits le choix réaliste de refuser la licence².

[112] Je conclus que le régime législatif d'octroi de licences n'envisage pas la possibilité que des licences fixées par la Commission en vertu de l'art. 70.2 aient un effet obligatoire à l'égard des utilisateurs. Cependant, la présente affaire n'oblige pas la Cour à décider s'il en est de même à l'égard des sociétés de gestion collective. Il se peut que l'objectif principal du régime législatif de réglementer les actions des sociétés de gestion collective et celui de la jurisprudence de faire en sorte que de telles sociétés ne se transforment pas en des [TRADUCTION] « instruments d'oppression et d'extorsion » (*Vigneux c. Canadian Performing Right Society, Ltd.*, [1943] R.C.S. 348, p. 354, le juge

² Lors de l'audience tenue devant la Cour, l'avocat des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz a soulevé brièvement des préoccupations relativement au pouvoir de la Commission de rendre rétroactivement des décisions obligatoires en général. Cette question n'a pas été directement soumise à la Cour dans la présente affaire, et je n'entends pas me prononcer ici sur des questions plus générales concernant la légitimité ou les limites du pouvoir de la Commission de rendre des décisions rétroactives.

does have the power to bind collective organizations to a licence based on the user's preferred model — transactional or blanket — on terms that the Board finds fair in view of that model. However, this issue was not argued in this case.

[113] I find that licences fixed by the Board do not have mandatory binding force over a user; the Board has the statutory authority to fix the terms of licences pursuant to s. 70.2, but a user retains the ability to decide whether to become a licensee and operate pursuant to that licence, or to decline.

VI. Conclusion

[114] The Board did not take account of the principles of technological neutrality and balance in valuing the licence fees for CBC's television and Internet broadcast-incidental copies. I would allow the appeal, set aside the 2008-2012 statutory licence as it relates to the valuation of CBC's television and Internet broadcast-incidental copies and remit the Statutory Licence Decision to the Board for reconsideration of that valuation in accordance with the principles of technological neutrality and balance.

[115] To the extent that the interim licence fees were based on the valuation of the broadcast-incidental copies in the 2008-2012 statutory licence, I would set aside the interim licence and remit the Interim Licence Decision for reconsideration consistent with the principles guiding the redetermination of the 2008-2012 licence.

[116] CBC is entitled to its costs here and in the Federal Court of Appeal.

Duff, citant *Hanfstaengl c. Empire Palace*, [1894] 3 Ch. 109, p. 128) justifie la conclusion selon laquelle la Commission a effectivement le pouvoir de contraindre les sociétés de gestion à accepter une licence compte tenu du modèle préféré de l'utilisateur — ponctuel ou général — selon les modalités que la Commission juge équitables eu égard à ce modèle. Toutefois, cette question n'a pas été débattue dans la présente affaire.

[113] Je suis d'avis que les licences octroyées par la Commission ne sont pas revêtues d'un caractère obligatoire à l'égard d'un utilisateur; la Commission a le pouvoir de fixer les modalités d'une licence en vertu de l'art. 70.2, mais l'utilisateur reste libre de décider de devenir titulaire de la licence et mener ses activités conformément à cette dernière, ou de refuser de le faire.

VI. Conclusion

[114] La Commission n'a pas tenu compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre pour fixer les redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la licence légale 2008-2012 en ce qui a trait à la fixation des redevances relatives aux copies accessoires de diffusion télévisuelle et sur Internet de la SRC et de renvoyer la Décision sur la licence légale à la Commission pour réexamen de la fixation des redevances en tenant compte des principes de neutralité technologique et de mise en équilibre.

[115] Dans la mesure où les redevances fixées par la licence provisoire reposaient sur l'évaluation des copies accessoires de diffusion dans la licence légale 2008-2012, je suis d'avis d'annuler la licence provisoire et de renvoyer la Décision sur la licence provisoire pour réexamen en conformité avec les principes qui s'appliquent aux fins de la nouvelle décision sur la licence 2008-2012.

[116] La SRC a droit à ses dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

The following are the reasons delivered by

[117] ABELLA J. (dissenting) — This appeal is based on a decision by the Copyright Board to impose royalty fees on the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) for incidental copies required to be made in the process of turning a television program into a broadcast. The imposition of such fees not only violates the principle of technological neutrality endorsed by this Court three years ago in *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 231, it distorts the accepted balance between the rights of copyright holders and the public. The CBC already pays royalty fees for broadcasting rights. These additional fees artificially raise the cost of broadcasting television programs, resulting in an increased cost to consumers for the same product. Attaching copyright liability to incidental copies created as a result of improvements in broadcasting technologies penalizes broadcasters and the public for utilizing new and improved technologies and artificially creates entitlements to compensation for creators that were never intended to be given under the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42. The decision is, as a result, unreasonable.

Background

[118] The CBC, Canada's public broadcaster, both produces and broadcasts television programs. It broadcasts its own original programs as well as programs that have been produced by third party producers.

[119] The Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) is a collective society operating under the *Copyright Act*. It administers the reproduction rights held by its members in their musical works, namely, "the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever": s. 3(1). Notably, it does not administer performance rights,

Version française des motifs rendus par

[117] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent pourvoi est fondé sur la décision de la Commission du droit d'auteur d'imposer des redevances à la Société Radio-Canada (SRC) pour toute copie accessoire qu'elle doit créer au cours du processus de diffusion d'une émission de télévision. L'imposition de ces redevances porte non seulement atteinte au principe de neutralité technologique adopté par la Cour il y a trois ans dans l'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 231, mais elle rompt également l'équilibre établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et le public. La SRC paie déjà des redevances pour les droits de diffusion. Ces frais additionnels augmentent artificiellement le coût de diffusion des programmes télévisés, ce qui a pour conséquence d'accroître le coût du même produit pour les consommateurs. Rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur pour toute copie accessoire créée en raison de l'amélioration des technologies de diffusion pénalise les diffuseurs et le public pour l'utilisation des technologies nouvelles et améliorées et confère artificiellement aux créateurs le droit à une rémunération qui n'a jamais été prévue par la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42. Par conséquent, la décision est déraisonnable.

Contexte

[118] La SRC, le diffuseur public canadien, produit et diffuse des émissions de télévision. Elle diffuse ses propres émissions originales ainsi que des émissions qui ont été produites par des producteurs tiers.

[119] La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) Inc. (SODRAC) est une société de gestion collective qui exerce ses activités en application de la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle gère les droits de reproduction de ses membres quant à leurs œuvres musicales, à savoir « le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque »: par. 3(1). Fait à noter, elle

which include broadcasting rights. SODRAC operates by taking an assignment of its members' reproduction rights, and representing them in negotiations with parties who seek to reproduce works in SODRAC's repertoire.

[120] A producer of television programming incorporates musical works into an audiovisual program. The CBC pays royalties to SODRAC for the right to incorporate musical works in SODRAC's repertoire into its television programs. The process of incorporation is called synchronization. It is a multi-step process which currently requires the creation of between 12 and 20 incidental copies of the work in order to produce the final synchronized "master" copy of the television program. Once the synchronization process is complete, there will be a single master copy of the synchronized program that the producer provides to the broadcaster, usually on a digital medium such as a CD or digital tape.

[121] In order to lawfully reproduce the musical works during synchronization, a producer must obtain a synchronization licence from the holder of the reproduction right in the musical works. In Canada, SODRAC has a virtual monopoly over reproduction rights of French-language music. SODRAC issues synchronization licences to producers, allowing them to make any reproductions necessary to create a synchronized audiovisual work. If the CBC synchronizes a television program using music from SODRAC's repertoire, it is required to have a synchronization licence from SODRAC. If it receives television programming from a third party producer, it is the third party producer who is required to have the synchronization licence.

[122] SODRAC holds only the reproduction rights to the works in its repertoire, it is not entitled to royalties associated with the broadcasting of those works. Royalties for the right to broadcast the works are paid instead to the Society of Composers,

ne gère pas les droits d'exécution, qui incluent les droits de diffusion. La SODRAC obtient une cession des droits de reproduction de ses membres et les représente dans le cadre de négociations avec des parties qui cherchent à reproduire des œuvres contenues dans son répertoire.

[120] Le producteur d'émissions de télévision incorpore des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles. La SRC paie des redevances à la SODRAC pour avoir le droit d'incorporer des œuvres musicales contenues dans le répertoire de cette dernière dans ses émissions de télévision. Le processus d'incorporation est appelé synchronisation. Il s'agit d'un processus à plusieurs étapes, qui requiert actuellement la création d'entre 12 et 20 copies accessoires de l'œuvre afin de produire la copie « maîtresse » finale synchronisée de l'émission de télévision. Lorsque le processus de synchronisation est terminé, une seule copie maîtresse de l'émission synchronisée est créée, puis remise par le producteur au diffuseur, habituellement sur un support numérique comme un CD ou un ruban d'enregistrement numérique.

[121] Pour pouvoir reproduire légalement les œuvres musicales durant la synchronisation, le producteur doit obtenir une licence de synchronisation de la part du titulaire du droit de reproduction des œuvres musicales. Au Canada, la SODRAC exerce un quasi-monopole sur les droits de reproduction de la musique francophone. Elle accorde des licences de synchronisation aux producteurs, les autorisant ainsi à effectuer toute reproduction nécessaire pour créer une œuvre audiovisuelle synchronisée. Ainsi, lorsque la SRC synchronise une émission de télévision en utilisant de la musique provenant du répertoire de la SODRAC, elle doit obtenir de cette dernière une licence de synchronisation. Si la SRC reçoit une émission de télévision d'un producteur tiers, c'est ce dernier qui doit détenir la licence de synchronisation.

[122] La SODRAC est titulaire uniquement des droits de reproduction des œuvres contenues dans son répertoire et n'a pas droit aux redevances relatives à la diffusion de ces œuvres. Ces redevances sont plutôt versées à la Société canadienne

Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN), the collective society that administers the right to communicate the musical works to the public by telecommunication. In order to broadcast the synchronized television program, the CBC must obtain a broadcasting licence from SOCAN.

[123] Until its application to the Copyright Board in this case, SODRAC had no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting the musical works.

[124] Like the synchronization process, the process of broadcasting the television program involves multiple steps, requiring the creation of incidental copies of the work. These are known as broadcast-incidental copies. The CBC makes broadcast-incidental copies of all television programs it broadcasts, regardless of whether they are produced in-house or by a third party.

[125] The activity of broadcasting begins when the digital content of the master copy is transferred to the broadcaster's digital content management system, which is the system that the broadcaster uses to manage the storage, editing, and airing of the program.

[126] Modern digital broadcasting systems consist of a number of component parts, including a broadcast server hard drive (or series of hard drives) for temporary storage of a copy of the program until it is aired, a digital tape library for longer-term storage of the program (until expiry of the broadcasting rights), computers and software packages used for screening and editing the program in preparation to be aired, a video logger used to capture a real-time copy of the aired program for compliance with the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) requirements, and an automated content manager that gives instructions to the system for moving the files to and from the various components.

des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN), la société de gestion collective qui gère le droit de communiquer les œuvres musicales au public par télécommunication. Ainsi, pour diffuser une émission de télévision synchronisée, la SRC doit obtenir une licence de diffusion de la SOCAN.

[123] Avant de présenter sa demande auprès de la Commission du droit d'auteur en l'espèce, la SODRAC n'avait droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion d'œuvres musicales.

[124] Tout comme le processus de synchronisation, le processus de diffusion d'une émission de télévision exige de procéder à un certain nombre d'étapes, qui suppose la création de copies accessoires de l'œuvre. Celles-ci sont appelées copies accessoires de diffusion. La SRC effectue des copies accessoires de diffusion de toutes les émissions de télévision qu'elle diffuse, peu importe si elles sont produites à l'interne ou par un tiers.

[125] Le processus de diffusion commence lorsque le contenu numérique de la copie maîtresse est transféré au système de gestion du contenu numérique du diffuseur, système dont le diffuseur se sert pour gérer le stockage, l'édition et la diffusion de l'émission.

[126] Les systèmes modernes de diffusion numérique comportent plusieurs composantes, dont le disque dur d'un serveur de diffusion (ou une série de disques durs) servant au stockage temporaire d'une copie de l'émission jusqu'à ce qu'elle soit diffusée, une bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique servant à stocker l'émission à plus long terme (jusqu'à expiration des droits de diffusion), des ordinateurs et des logiciels utilisés pour projeter et éditer l'émission en préparation de sa diffusion, un enregistreur vidéo servant à enregistrer une copie en temps réel de l'émission diffusée afin de respecter les exigences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), ainsi qu'un gestionnaire de contenu automatisé qui donne des instructions au système pour déplacer les fichiers vers les diverses composantes ou à partir de celles-ci.

[127] The use of modern digital broadcasting systems leads to the creation of broadcast-incident copies of the programs, including the incorporated musical works, because, in order for the digital program file to exist on multiple components of the system at the same time, and to allow for the simultaneous functioning of the various components of the broadcasting system, multiple incidental copies of the program are necessarily created. The initial transfer of the master copy onto the digital content management system, for example, gives rise to a broadcast-incident copy. More copies may be created as part of the process of ensuring file format compatibility with the broadcast server hard drives. Further copies will arise in the days immediately before broadcast, as the synchronized television program is temporarily copied from the digital tape library to the broadcast server hard drive: decision of the Copyright Board, file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online) (Statutory Licence Decision), at para. 54. While it is still technically possible to deliver television broadcasts without the use of servers and digital technologies, these technologies have become the norm not the exception as a result of the efficiencies and added functionality that they offer to broadcasters: Statutory Licence Decision, at para. 53.

[128] More traditional broadcasting systems are analog systems. Analog systems use analog media, not digital techniques, for storage, reproduction, or transmission of the audiovisual program. An example of analog media is the VHS tape, which is a magnetic tape. Analog broadcasting systems formerly employed by television broadcasters also typically involved the creation of broadcast-incident copies resulting from the need to screen and edit the programs before airing, as well as to create back-up copies. Analog systems, however, resulted in fewer broadcast-incident copies than are created by modern digital broadcasting systems.

[127] L'utilisation de systèmes modernes de diffusion numérique entraîne la création de copies accessoires de diffusion des émissions, y compris des œuvres musicales qui y sont incorporées. En fait, pour que le dossier d'émission numérique existe sur les multiples composantes du système en même temps et pour permettre le fonctionnement simultané des diverses composantes du système de diffusion, de multiples copies accessoires de l'émission doivent forcément être créées. Le transfert initial de la copie maîtresse sur le système de gestion du contenu numérique, par exemple, entraîne la création d'une copie accessoire de diffusion. D'autres copies peuvent être créées dans le cadre du processus visant à assurer la compatibilité du format du dossier avec les disques durs du serveur du diffuseur. Des copies supplémentaires sont aussi effectuées dans les jours précédant immédiatement la diffusion, puisque l'émission de télévision synchronisée est temporairement copiée à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers le disque dur du serveur du diffuseur : décision de la Commission du droit d'auteur, dossiers n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne) (Décision sur la licence légale), par. 54. Bien qu'il soit encore possible sur le plan technique de télédiffuser sans recourir à des serveurs et à des technologies numériques, ces dernières sont devenues la norme plutôt que l'exception en raison de l'efficacité et de la fonctionnalité supplémentaire qu'elles offrent aux diffuseurs : Décision sur la licence légale, par. 53.

[128] Les systèmes de télédiffusion plus traditionnels sont des systèmes analogiques. Ceux-ci utilisent des supports analogiques, et non des techniques numériques, pour stocker, reproduire ou transmettre l'émission audiovisuelle. La cassette VHS, qui est une bande magnétique, est un exemple de support analogique. Les systèmes de diffusion analogiques anciennement utilisés par les télédiffuseurs entraînaient généralement eux aussi la création de copies accessoires de diffusion découlant de la nécessité de projeter et d'éditer les émissions avant la diffusion, ainsi que pour créer des copies de sauvegarde. Toutefois, les systèmes analogiques engendraient moins de copies accessoires de diffusion que les systèmes de diffusion modernes numériques.

[129] Modern digital broadcasting systems are much more efficient than analog systems because in the digital domain, broadcasters are able to compress and store much larger quantities of digital video programming on server hard drives and digital tapes than could be reasonably stored in a VHS tape library. Screening and editing the programs for closed captioning and different languages are also more efficiently accomplished using modern computer and software systems as opposed to analog systems.

[130] Starting in 1998, SODRAC began requiring third party producers to acquire a separate synchronization licence. Because broadcasters who also produced audiovisual programs in-house, like the CBC, were already required to hold a synchronization licence for the same work, SODRAC initially did not charge third party producers any royalties for this additional licence. In 2006, however, SODRAC abandoned this policy and began charging producers full price for a synchronization licence, which now covered only a right of “first integration”: Statutory Licence Decision, at para. 73. Under this licence, producers paid royalties for the right to synchronize music into a single master copy of the television program, but had no right to make any downstream incidental copies such as broadcast-incidental copies. These downstream copies, typically made by the broadcaster as they readied the synchronized copy for broadcast, became subject to additional royalties paid by the broadcasters. SODRAC’s new policy of monetizing broadcasting activities through the imposition of royalties for broadcast-incidental copies is what prompted this litigation.

[131] In 1992, the CBC and SODRAC had a licence agreement which authorized the CBC to reproduce works in SODRAC’s repertoire. This licence allowed the CBC to synchronize musical

[129] Les systèmes de diffusion modernes numériques sont beaucoup plus efficaces que les systèmes analogiques, car, dans le domaine numérique, les diffuseurs sont en mesure de comprimer et de stocker des quantités beaucoup plus grandes d’émissions vidéo numériques sur les disques durs d’un serveur et sur les rubans d’enregistrement numérique qu’ils ne pouvaient le faire sur la bibliothèque de cassettes VHS. La projection et l’édition d’émissions pour le sous-titrage et pour la traduction dans d’autres langues sont aussi réalisées beaucoup plus efficacement au moyen de systèmes informatiques et de logiciels modernes que par des systèmes analogiques.

[130] En 1998, la SODRAC a commencé à exiger que les producteurs tiers obtiennent une licence de synchronisation distincte. Puisque les télédiffuseurs qui produisaient également des émissions audiovisuelles à l’interne, comme la SRC, étaient déjà tenus d’obtenir une licence de synchronisation pour la même œuvre, la SODRAC ne percevait pas initialement de redevances auprès des producteurs tiers pour cette licence supplémentaire. En 2006, toutefois, la SODRAC a abandonné cette politique et a commencé à facturer aux producteurs le plein prix pour obtenir une licence de synchronisation, qui ne couvre désormais qu’un droit de « première intégration » : Décision sur la licence légale, par. 73. En vertu de cette licence, les producteurs payaient des redevances pour avoir le droit de synchroniser de la musique dans une seule copie maîtresse de l’émission de télévision, mais n’avaient pas le droit d’effectuer des copies accessoires en aval, comme des copies accessoires de diffusion. Ces copies en aval, habituellement effectuées par le diffuseur pendant qu’il prépare la copie synchronisée pour la diffusion, sont devenues assujetties à des redevances supplémentaires payées par les diffuseurs. La nouvelle politique de la SODRAC de monnayer des activités de diffusion par l’imposition de redevances pour les copies accessoires de diffusion est à l’origine du présent pourvoi.

[131] En 1992, la SRC et la SODRAC ont conclu une entente de licence qui autorisait la SRC à reproduire des œuvres contenues dans le répertoire de la SODRAC. Cette licence permettait à la SRC

works into audiovisual programs, as well as to make any other incidental copies of the works including production-incidental copies and broadcast-incidental copies. In 2008, however, the CBC and SODRAC were unable to agree on the terms of a new licence because SODRAC sought to monetize broadcast-incidental copies in addition to the synchronization rights. SODRAC asked the Copyright Board to fix the terms and conditions of a licence for the reproduction of musical works in its repertoire pursuant to s. 70.2 of the *Copyright Act*.

[132] The Board concluded that broadcast-incidental copies implicated the reproduction right, and were therefore subject to royalties. Because the new broadcasting technologies which required additional broadcast-incidental copies generated benefits for the CBC by keeping the broadcaster relevant and competitive, the Board concluded that this benefit should be reflected in the compensation granted to the copyright holders. The Board accordingly certified SODRAC's proposed tariff and imposed a licence on the CBC for 2008-2012 that included royalty fees for the broadcast-incidental copies. The Board valued the broadcast-incidental copies by tying them to the value of the royalties paid by the CBC to SOCAN for the communication rights in the works. Under its 1992 licence, the CBC paid annual royalties to SODRAC of \$520,000; under the new Board-imposed agreement, it would pay \$1.2 million per year.

[133] After the release of this decision, SODRAC obtained an interim licence from the Board on the same terms for the 2012-2016 period.

[134] The Federal Court of Appeal dismissed the CBC's application for judicial review of the Board's decisions. Applying *Bishop v. Stevens*, [1990] 2 S.C.R. 467, the Federal Court of Appeal concluded that "ephemeral recordings of [the] performance of

de synchroniser des œuvres musicales dans des émissions audiovisuelles et d'effectuer toute autre copie accessoire des œuvres, y compris des copies accessoires de production et des copies accessoires de diffusion. En 2008, toutefois, la SRC et la SODRAC n'ont pas été en mesure de s'entendre sur les modalités de la nouvelle licence parce que la SODRAC cherchait à monnayer les copies accessoires de diffusion en plus des droits de synchronisation. La SODRAC a demandé à la Commission du droit d'auteur de fixer, en vertu de l'art. 70.2 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les modalités de la licence visant la reproduction d'œuvres musicales contenues dans son répertoire.

[132] La Commission a conclu que les copies accessoires de diffusion faisaient intervenir le droit de reproduction et étaient donc assujetties à des redevances. Comme les nouvelles technologies de diffusion qui exigeaient d'autres copies accessoires de diffusion ont généré des bénéfices pour la SRC en gardant le diffuseur pertinent et concurrentiel, la Commission a conclu que ces bénéfices devaient se refléter dans la rémunération accordée aux titulaires d'un droit d'auteur. Par conséquent, la Commission a homologué le tarif proposé par la SODRAC et a imposé à la SRC une licence pour les années 2008 à 2012 qui comportait des redevances pour les copies accessoires de diffusion. La Commission a déterminé la valeur des copies accessoires de diffusion en les associant à la valeur des redevances payées par la SRC à la SOCAN relativement aux droits de communication des œuvres. Conformément à sa licence de 1992, la SRC payait des redevances annuelles à la SODRAC de 520 000 \$; selon la nouvelle entente imposée par la Commission, elle paierait 1,2 million de dollars par année.

[133] Après le prononcé de cette décision, la SODRAC a obtenu une licence provisoire de la Commission selon les mêmes modalités pour la période 2012-2016.

[134] La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des décisions de la Commission présentée par la SRC. S'appuyant sur l'arrêt *Bishop c. Stevens*, [1990] 2 R.C.S. 467, la Cour d'appel fédérale a conclu que « les enregistrements éphémères

a work, made solely for the purposes of facilitating that broadcast of the performance, were, if unauthorized, an infringement of the copyright holder's rights". It refused to apply the principle of technological neutrality articulated in this Court's decision in *Entertainment Software Association*.

Analysis

[135] The issue in this appeal is whether SODRAC is entitled to monetize broadcast-incidental copies despite the fact that SODRAC has no entitlement to royalty fees for any aspect of broadcasting. To answer the question requires knowing what a broadcast-incidental copy is.

[136] In its decision, the Board defined incidental copies as follows:

An incidental copy is necessary or helpful to achieve an intended outcome but is not part of the outcome itself. A production-incidental copy is made in the process of producing and distributing an audiovisual work, either before or after the master copy is made: it is a form of synchronization copy. A broadcast-incidental copy is made to facilitate the broadcast of an audiovisual work or to preserve the work in the broadcaster's archives, while a distribution-incidental copy is made for purposes of readying or preserving the motion picture for distribution to the public: both are forms of post-synchronization copies. [Underlining added; para. 12.]

[137] A broadcast-incidental copy is created when the content of the master copy of the synchronized television program is fed into the broadcaster's digital content management system. This creates a high-resolution copy of the work. Once in the digital content management system, a low-resolution working copy that is not of sufficient quality to be broadcast will be used to facilitate editing the television program for such things as on-air text translations or closed captioning. A further low-resolution copy will be created for screening purposes by the programming, marketing, and communications teams. When all technical treatments of the program have been completed, another copy results from the digital file being reformatted to create

d[']une] œuvre, faits dans le seul but de faciliter la radiodiffusion de cette œuvre, constituent, s'ils sont faits sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, une violation de ses droits ». Elle a refusé d'appliquer le principe de neutralité technologique énoncé par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

Analyse

[135] La question en l'espèce est celle de savoir si la SODRAC est habilitée à monnayer les copies accessoires de diffusion malgré le fait qu'elle n'a droit aux redevances pour aucun aspect de la diffusion. Pour répondre à la question, il faut d'abord savoir en quoi consiste une copie accessoire de diffusion.

[136] Dans sa décision, la Commission a défini les copies accessoires de la façon suivante :

La copie accessoire est nécessaire ou utile pour arriver à un résultat sans toutefois y être intégrée. La copie accessoire de production est effectuée dans le cadre de la production et de la distribution d'une œuvre audiovisuelle, avant ou après la création de la copie maîtresse : il s'agit d'une forme de copie de synchronisation. La copie accessoire de diffusion vise à faciliter la télédiffusion d'une œuvre audiovisuelle ou à la conserver dans les archives du télédiffuseur, alors que la copie accessoire de distribution a pour objet de préparer ou de conserver le film pour distribution au public : les deux sont des formes de copies de postsynchronisation. [Je souligne; par. 12.]

[137] La copie accessoire de diffusion est créée lorsque le contenu de la copie maîtresse de l'émission de télévision synchronisée est alimenté dans le système de gestion du contenu numérique du télédiffuseur. Cela crée une copie de l'œuvre en haute résolution. Lorsque le contenu de la copie maîtresse se trouve dans le système de gestion du contenu numérique, une copie de travail de faible résolution qui n'est pas suffisamment de bonne qualité pour être diffusée est utilisée pour faciliter l'édition de l'émission de télévision, comme la traduction en ondes ou le sous-titrage. Une autre copie de faible résolution est créée à des fins de projection par les équipes de programmation, de commercialisation et de communications. Lorsque tous les traitements

a broadcast file that is compatible with the CBC's broadcast server hard drives. Additional copies of the broadcast file are made when the file is copied as needed from the digital tape library to the broadcast server hard drives. While the program is being aired, a further copy is made as the aired program is recorded in real time in order to comply with CRTC regulatory requirements: see *Television Broadcasting Regulations, 1987*, SOR/87-49, s. 10(5). The initial high-resolution copy of the program, as well as the low-resolution working copies, and the reformatted broadcast file, are all broadcast-incidental copies made for the sole purpose of facilitating the broadcasting of the audiovisual program.

[138] The broadcast-incidental copies described above are strictly technical in nature in that they are created solely for purposes integral to the process of broadcasting television programs, and are not sold or made available to the public, or used for any independent revenue-generating purpose.

[139] Broadcast-incidental copies are created in order to achieve the central activity of broadcasting by providing the technical modalities to achieve the broadcast and to comply with regulatory requirements. In the context of copyright law, their creation cannot be seen as distinct from the central activity of broadcasting without violating the principle of technological neutrality.

[140] This appeal concerns the scope of the reproduction right set out in ss. 3(1) and 3(1)(d) of the *Copyright Act*, which state:

3. (1) For the purposes of this Act, "copyright", in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

techniques de l'émission sont terminés, une autre copie est créée lorsque le fichier numérique est reformaté pour créer un fichier de diffusion compatible avec les disques durs du serveur de diffusion de la SRC. Des copies supplémentaires du fichier de diffusion sont effectuées lorsque le fichier est copié au besoin à partir de la bibliothèque de rubans d'enregistrement numérique vers les disques durs du serveur de diffusion. Pendant que l'émission est diffusée, une autre copie est créée puisque l'émission diffusée est enregistrée en temps réel afin de respecter les exigences réglementaires du CRTC : voir *Règlement de 1987 sur la télédiffusion*, DORS/87-49, par. 10(5). La copie initiale en haute résolution de l'émission et les copies de travail en faible résolution ainsi que le dossier de diffusion reformaté sont tous des copies accessoires de diffusion créées dans le seul but de faciliter la diffusion de l'émission audiovisuelle.

[138] Les copies accessoires de diffusion décrites plus haut sont de nature purement technique, en ce qu'elles sont créées uniquement parce qu'elles font partie intégrante du processus de diffusion des émissions de télévision, et elles ne sont ni vendues au public, ni mises à sa disposition, ni utilisées pour générer des revenus indépendants.

[139] Les copies accessoires de diffusion sont créées pour réaliser l'activité centrale de diffusion en fournissant les modalités techniques pour permettre la diffusion et pour respecter les exigences réglementaires. En matière de droit d'auteur, leur création ne peut être perçue comme distincte de l'activité centrale de diffusion sans qu'il soit porté atteinte au principe de neutralité technologique.

[140] Dans le présent pourvoi, la Cour est appelée à se pencher sur la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1) et à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* qui disposent que :

3. (1) Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d'en exécuter ou d'en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l'œuvre n'est pas publiée, d'en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

[141] The introductory paragraph of s. 3(1) articulates three distinct rights held in protected works: the right to produce or reproduce (the reproduction right); the right to perform, which includes broadcasting rights; and the right to publish. The enumerated rights listed in s. 3(1)(a)-(j) are illustrative of these three fundamental rights: *Entertainment Software Association*, at para. 42.

[142] As this Court observed in *Entertainment Software Association*, Parliament has distinguished between the rights of reproduction and those of performance/broadcasting. This distinction is drawn because a performance is, by its nature, fleeting and impermanent, whereas a reproduction creates a durable copy which takes on a life of its own: *Entertainment Software Association*, at para. 35. The acts of performing/broadcasting and those of reproducing a work engage two distinct interests for copyright holders. That is why distinct collective societies administer these rights: *Entertainment Software Association*, at para. 38.

[143] It is not disputed that the broadcasting activities carried out by the CBC fall within the broadcasting/performance right. The question in this appeal is whether the technical means employed by the CBC to achieve the broadcasting activity also fall within the scope of the reproduction right.

[144] A reasonable interpretation of the scope of the reproduction right must therefore consider the wording of ss. 3(1) and 3(1)(d) in the context of the overarching purpose of the *Copyright Act* and the central principle of technological neutrality.

d) s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d'en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l'aide desquels l'œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

[141] L'introduction du par. 3(1) énumère trois droits distincts dont sont assorties les œuvres protégées : le droit de produire ou de reproduire (le droit de reproduction), le droit d'exécuter ou de représenter l'œuvre, ce qui inclut les droits de diffusion, et le droit de publier l'œuvre. Les droits dont la liste figure aux al. 3(1)a) à 3(1)f) sont des exemples de ces trois droits fondamentaux : *Entertainment Software Association*, par. 42.

[142] Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le législateur a établi une distinction entre les droits de reproduction, d'une part, et les droits d'exécution/de diffusion, d'autre part. Cette distinction est établie parce qu'une exécution est, de par sa nature même, fugace et passagère, tandis que la reproduction crée une copie durable qui acquiert une sorte d'autonomie : *Entertainment Software Association*, par. 35. L'exécution/la diffusion d'une œuvre, d'une part, et sa reproduction, d'autre part, mettent en cause deux droits distincts dont jouissent les titulaires du droit d'auteur. C'est pourquoi deux sociétés de gestion collective administrent ces droits : *Entertainment Software Association*, par. 38.

[143] Personne ne conteste que les activités de diffusion menées par la SRC sont visées par les droits d'exécution/de diffusion. La question qu'il nous revient de trancher dans le présent appel est celle de savoir si le moyen technique utilisé par la SRC pour mener à bien son activité de diffusion est également visé par le droit de reproduction.

[144] Une interprétation raisonnable de la portée du droit de reproduction doit donc tenir compte des libellés du par. 3(1) et de l'al. 3(1)d) dans le contexte de l'objet prépondérant de la *Loi sur le droit d'auteur* et du principe central de neutralité technologique.

[145] The *Copyright Act* strikes a careful balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of creative works and obtaining a just reward for creators: *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336, at para. 30. To tilt the balance too far towards protection of creators' rights would undermine the right of users to access and work with creative materials. To tilt it too far towards access, on the other hand, would fail to provide a just reward to creators, leading authors and their supporters to under-invest in producing and distributing their works. At both ends of the spectrum, the public loses some of the benefit of creative works: David Vaver, *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks* (2nd ed. 2011), at p. 60; *Théberge*, at para. 31.

[146] As this Court has consistently recognized, maintaining the balance that best supports the public interest in creative works is the central purpose of the *Copyright Act*: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), at paras. 40-41; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363, at paras. 69-70; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 76-84; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN v. Bell*), at paras. 8-11; *Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 S.C.R. 345, at para. 19; *Entertainment Software Association*, at paras. 7-8, per Abella and Moldaver JJ., for the majority, and paras. 47 and 123-25, per Rothstein J., dissenting; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers v. SOCAN*), at para. 40; *Cinar Corporation v. Robinson*, [2013] 3 S.C.R. 1168, at paras. 23 and 28.

[147] The question in this case, once again, is how to preserve this balance in the face of new

[145] La *Loi sur le droit d'auteur* établit un juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres créatives et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur : *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, par. 30. Faire résolument pencher la balance au profit de la protection des droits des créateurs minerait le droit des utilisateurs à avoir accès au matériel créatif et à travailler avec celui-ci. Faire résolument pencher la balance au profit de l'accès au matériel, en revanche, ne permettrait pas de fournir une juste récompense aux créateurs, de telle sorte que les auteurs et leurs collaborateurs sous-investiraient dans la production et la distribution de leurs œuvres. Aux deux extrémités du spectre, le public perd certains avantages relativement aux œuvres créatives : David Vaver, *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks* (2^e éd. 2011), p. 60; *Théberge*, par. 31.

[146] Comme l'a systématiquement reconnu la Cour, maintenir l'équilibre qui favorise le mieux l'intérêt du public quant aux œuvres créatives est l'objet principal de la *Loi sur le droit d'auteur* : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), par. 40-41; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363, par. 69-70; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 76-84; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN c. Bell*), par. 8-11; *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, [2012] 2 R.C.S. 345, par. 19; *Entertainment Software Association*, par. 7-8 des motifs des juges Abella et Moldaver pour la majorité et par. 47 et 123-125 des motifs du juge Rothstein, dissident; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers c. SOCAN*), par. 40; *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 23 et 28.

[147] Encore une fois, il faut se demander en l'espèce comment préserver cet équilibre face aux

technologies that are transforming the mechanisms through which creative works are produced, reproduced and distributed. Francis Gurry, the Director General of the World Intellectual Property Organization, explained the challenge to copyright policy posed by new technologies as follows:

Underlying this process of change is a fundamental question for society. It is the central question of copyright policy. How can society make cultural works available to the widest possible public at affordable prices while, at the same time, assuring a dignified economic existence to creators and performers and the business associates that help them to navigate the economic system? It is a question that implies a series of balances: between availability, on the one hand, and control of the distribution of works as a means of extracting value, on the other hand; between consumers and producers; between the interests of society and those of the individual creator; and between the short-term gratification of immediate consumption and the long-term process of providing economic incentives that reward creativity and foster a dynamic culture.

(“The Future of Copyright”, speech delivered at the Blue Sky Conference: Future Directions in Copyright Law, February 25, 2011 (online).)

[148] The answer to this challenge, in my view, lies in applying a robust vision of technological neutrality as a core principle of statutory interpretation under the *Copyright Act*, drawing particularly on this Court’s decision in *Entertainment Software Association*.

[149] Such an approach finds its statutory origin in s. 3(1) of the *Copyright Act*, which provides that copyright includes the “sole right to produce or reproduce” a work or a substantial part of a work “in any material form whatever”: see *Entertainment Software Association*, at para. 5. Parliament has further signalled its support in the summary of the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20, which states that the amendments to the *Act* were intended to “ensure that it *remains* technologically neutral”. These words signal Parliament’s intention

nouvelles technologies qui transforment les mécanismes de production, de reproduction et de distribution des œuvres créatives. Francis Gurry, le directeur général de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a expliqué le défi que posent les nouvelles technologies au regard de la politique en matière de droit d’auteur :

Une question fondamentale pour la société sous-tend ce processus de changement : il s’agit de la politique en matière de droit d’auteur. Comment la société peut-elle mettre les œuvres culturelles à disposition d’un public le plus large possible à des prix abordables tout en assurant des moyens de subsistance dignes aux créateurs, aux artistes et aux partenaires commerciaux qui les aident à naviguer dans le système économique? Pour répondre à cette question, plusieurs équilibres doivent être maintenus : entre la diffusion et le contrôle de la distribution des œuvres comme moyen d’en extraire de la valeur; entre les consommateurs et les producteurs; entre les intérêts de la société et ceux du créateur; et entre la satisfaction à court terme que procure la consommation immédiate et le processus à long terme qui consiste à mettre en place des mesures d’incitation économiques récompensant la créativité et favorisant le dynamisme culturel.

(« L’avenir du droit d’auteur », discours prononcé à la Blue Sky Conference : Future Directions in Copyright Law, 25 février 2011 (en ligne).)

[148] La réponse à ce défi, à mon sens, repose sur l’application d’une vision solide de la neutralité technologique en tant que principe central de l’interprétation législative de la *Loi sur le droit d’auteur*, en s’inspirant surtout de l’arrêt *Entertainment Software Association* de la Cour.

[149] Cette approche trouve son origine législative au par. 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* qui prévoit que le droit d’auteur comprend le « droit exclusif de produire ou reproduire » la totalité ou une partie importante de l’œuvre, « sous une forme matérielle quelconque » : voir *Entertainment Software Association*, par. 5. Le législateur a également donné son appui à cette approche dans le sommaire de la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, c. 20, qui prévoit que les modifications à la *Loi* visaient à « éliminer la spécificité technologique [de ses]

that the *Act* must adapt and apply to new technologies in a manner that maintains the careful balance between creators and users that underpins the *Act* as a whole.

[150] As an interpretive principle, technological neutrality prizes substance over form by applying the *Copyright Act* so that it “operates consistently, regardless of the form of the media involved, or its technological sophistication”: *SOCAN v. Bell*, at para. 43. It arises in two different forms.

[151] The first is the principle of media neutrality, which aims to ensure that copyright doctrine evolves to embrace new technologies. The basic premise of this principle is that “copyright subsists not only in the medium in which the work is created but all existing and future media in which the work might be expressed”: Cameron J. Hutchison, “Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC*” (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, at p. 110. As long as the creative expression survives the transfer to a new medium, copyright in the work will survive. Media neutrality is not, however, restricted to protecting creators’ rights across new media; it can operate to protect the rights of users of copyrighted material across new media as well. As this Court observed in *Robertson*:

Media neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Copyright Act* which describes a right to produce or reproduce a work “in any material form whatever”. Media neutrality means that the *Copyright Act* should continue to apply in different media, including more technologically advanced ones. . . . Media neutrality is not a licence to override the rights of authors — it exists to protect the rights of authors and others as technology evolves. [Emphasis added; para. 49.]

dispositions ». Ces termes montrent le souhait du législateur que la *Loi* s’adapte et s’applique aux nouvelles technologies de façon à maintenir le juste équilibre entre les créateurs et les utilisateurs qui la sous-tend dans son ensemble.

[150] En tant que principe d’interprétation, la neutralité technologique attache plus de valeur au fond qu’à la forme en appliquant la *Loi sur le droit d’auteur* de manière uniforme, « peu importe le support ou son degré d’avancement technologique » : *SOCAN c. Bell*, par. 43. La neutralité technologique se présente sous deux formes différentes.

[151] La première est le principe de neutralité du support, qui vise à assurer que la doctrine du droit d’auteur évolue de façon à incorporer les nouvelles technologies. Selon la prémisse fondamentale de ce principe, [TRADUCTION] « le droit d’auteur subsiste non seulement sur le support sur lequel l’œuvre est créée, mais sur tous les supports actuels et futurs sur lesquels l’œuvre pourrait être exprimée » : Cameron J. Hutchison, « Technological Neutrality Explained & Applied to *CBC v. SODRAC* » (2015), 13 *C.J.L.T.* 101, p. 110. Dans la mesure où l’expression créative survit au transfert sur un nouveau support, le droit d’auteur rattaché à l’œuvre survivra. La neutralité du support n’est toutefois pas restreinte à la protection des droits des créateurs quant à l’ensemble des nouveaux supports; elle peut aussi protéger les droits des utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à l’ensemble des nouveaux supports également. Comme la Cour l’a fait remarquer dans l’arrêt *Robertson* :

Le paragraphe 3(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* reflète le principe de neutralité du support, en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». La neutralité du support signifie que la *Loi sur le droit d’auteur* continue de s’appliquer malgré l’usage de supports différents, y compris ceux qui dépendent d’une technologie plus avancée. [. . .] Le principe de la neutralité du support ne permet pas d’écarter les droits des auteurs — il a été établi pour protéger les droits des auteurs et des autres à mesure que la technologie évolue. [Je souligne; par. 49.]

[152] The second is the principle of functional equivalence, which asks courts to focus on *what* the technology at issue is doing, rather than on the technical modalities of *how* it is doing it when interpreting the rights and exceptions set out in the *Copyright Act*: Cameron J. Hutchison, “Case Comment: The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality” (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, at p. 590. This principle guides courts to interpretations of the *Act* that afford functionally equivalent technologies similar treatment, without getting caught up in the modalities through which the work is delivered: Carys J. Craig, “Technological Neutrality: (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law”, in Michael Geist, ed., *The Copyright Pentology: How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, at p. 275. It also implies that, “where there is no clear and pre-existing functional equivalent, courts should avoid emphasizing the details of particular technological systems and instead interpret copyright’s core concepts in a manner applicable across technologies”: Craig, at p. 275; see also Deborah Tussey, “Technology Matters: The Courts, Media Neutrality, and New Technologies” (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, “Technological Neutrality in Canadian Copyright Law”, in *The Copyright Pentology*, 307, at p. 317.

[153] A functional approach to technological neutrality “seeks to avoid imposing copyright liability on technologies and activities that, while theoretically capable of being included under the *Act*, only incidentally implicate copyright”: Hutchison (2015), at p. 113; see also Craig, “[S]ubstance”, in other words, “trumps form”: Hutchison (2015), at p. 111; see also *SOCAN v. CAIP*. Or, as Maria A. Pallante, the Director of the U.S. Copyright Office has observed, “new technologies have made it increasingly apparent that not all reproductions are equal in the digital age. Some copies are merely incidental to an intended primary use of a work, including where primary uses are licensed, and these incidental copies should not necessarily be treated

[152] La deuxième est le principe de l'équivalence fonctionnelle, qui exige que les tribunaux se concentrent sur la *fonction* de la technologie en cause plutôt que sur les modalités techniques de son *fonctionnement* lorsqu'ils interprètent les droits et les exceptions établis par la *Loi sur le droit d'auteur*: Cameron J. Hutchison, « Case Comment : The 2012 Supreme Court Copyright Decisions & Technological Neutrality » (2013), 46 *U.B.C. L. Rev.* 589, p. 590. Ce principe oriente les tribunaux vers une interprétation de la *Loi* qui traite les technologies fonctionnellement équivalentes de façon similaire, sans s'embarquer dans les modalités selon lesquelles l'œuvre est livrée: Carys J. Craig, « Technological Neutrality : (Pre)Serving the Purposes of Copyright Law », dans Michael Geist, dir., *The Copyright Pentology : How the Supreme Court of Canada Shook the Foundations of Canadian Copyright Law* (2013), 271, p. 275. Le principe suppose également que, [TRADUCTION] « lorsqu'il n'existe aucun équivalent fonctionnel clair et préexistant, les tribunaux devraient éviter de mettre l'accent sur les détails de systèmes technologiques en particulier et plutôt interpréter les concepts fondamentaux du droit d'auteur d'une manière applicable à l'ensemble des technologies »: Craig, p. 275; voir également, Deborah Tussey, « Technology Matters : The Courts, Media Neutrality, and New Technologies » (2005), 12 *J. Intell. Prop. L.* 427; Gregory R. Hagen, « Technological Neutrality in Canadian Copyright Law », dans *The Copyright Pentology*, 307, p. 317.

[153] L'interprétation fonctionnelle de la neutralité technologique [TRADUCTION] « vise à éviter de rattacher une responsabilité pour violation du droit d'auteur aux technologies et aux activités qui, bien qu'elles puissent en théorie être visées par la *Loi*, ne font intervenir le droit d'auteur que de façon accessoire »: Hutchison (2015), p. 113; voir également Craig. Autrement dit, « le fond » surpasse « la forme »: Hutchison (2015), p. 111; voir également *SOCAN c. ACFI*. Ou, comme Maria A. Pallante, la directrice du Bureau du droit d'auteur aux É.-U., l'a fait remarquer, [TRADUCTION] « les nouvelles technologies démontrent de plus en plus clairement que les reproductions ne sont pas toutes équivalentes à l'ère numérique. Certaines copies sont simplement

as infringing”: “The Next Great Copyright Act” (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, at p. 325.

[154] This aspect of technological neutrality finds expression in a number of this Court’s recent rulings. In *SOCAN v. CAIP*, for example, the Court considered whether the practice of caching copies prevented Internet service providers from finding the protection of s. 2.4 of the *Copyright Act*, which insulates from liability those who provide *only* the means of telecommunication “necessary for another person to so communicate the work”. The Court concluded that Internet service providers were shielded by s. 2.4, even though their transmissions resulted in the creation of cache copies. As Professor Hutchison summarizes in his 2015 article,

... the practice of caching was an innovation that helped promote the dissemination of works (one of the goals of copyright law) without interfering with the legitimate entitlements of copyright owners. Incidental copies, in other words, were determined to lie outside the reproduction right as the interests of technological economy and efficiency trumped the making of mere technical copies that were imperceptible to an end user. [Footnote omitted; p. 114.]

[155] Similarly, in *Entertainment Software Association*, this Court addressed the meaning of the communication right set out in s. 3(1)(f) of the *Copyright Act* and concluded that a separate communication tariff should not apply to downloaded copies of musical works. Because it gives rise to a durable digital copy, the downloading process is, at its core, an exercise of the reproduction right. Simply because the copy arrived by way of Internet-based delivery did not mean it was a communication under the *Act*. The central activity was the focus of the legal analysis, not the incidental technological process by which it took place.

accessoires à l’utilisation première prévue d’une œuvre, y compris lorsque les utilisations premières sont visées par une licence, et ces copies accessoires ne devraient pas être nécessairement traitées comme si elles étaient contrefaisantes » : « The Next Great Copyright Act » (2013), 36 *Colum. J.L. & Arts* 315, p. 325.

[154] Cet aspect de la neutralité technologique trouve son expression dans bon nombre de décisions récentes de la Cour. Dans l’arrêt *SOCAN c. CAIP*, par exemple, la Cour a examiné si la pratique de mise en antémémoire empêchait les fournisseurs de services Internet de bénéficier de la protection de l’art. 2.4 de la *Loi sur le droit d’auteur*, lequel protège ceux qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication « nécessair[e] pour que [le tiers] [...] effectue [la communication de l’œuvre] ». La Cour a conclu que les fournisseurs de services Internet étaient protégés par l’art. 2.4, même si leurs transmissions donnaient lieu à la création d’antémémoires. Comme l’a résumé le professeur Hutchison dans son article de 2015 :

[TRADUCTION] ... la pratique de la mise en antémémoire est une innovation qui a aidé à promouvoir la diffusion des œuvres (un des objectifs du droit d’auteur) sans faire obstacle aux droits légitimes des titulaires d’un droit d’auteur. Autrement dit, il a été jugé que les copies accessoires ne relèvent pas du droit de reproduction puisque les intérêts de l’économie et de l’efficacité technologiques surpassent la production de simples copies techniques qui sont imperceptibles pour l’utilisateur ultime. [Note de bas de page omise; p. 114.]

[155] De même, dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, la Cour s’est penchée sur le sens du droit de communication énoncé à l’al. 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d’auteur* et a conclu qu’un tarif distinct ne devrait pas s’appliquer à des copies téléchargées pour la communication d’œuvres musicales. Puisqu’il engendre la création d’une copie numérique durable, le processus de téléchargement est essentiellement un exercice du droit de reproduction. Le simple fait que la copie soit livrée par Internet ne signifie pas qu’il s’agit d’une communication au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Loi*. L’activité centrale était l’élément principal de l’analyse juridique, et non le processus technologique accessoire par lequel elle a eu lieu.

[156] Finally, in *Rogers v. SOCAN*, the Court addressed whether music streamed via the Internet to individual users constituted a communication “to the public” under s. 3(1)(f) of the *Copyright Act*. In concluding that it did, Rothstein J. observed that the “true character of the communication activity” and not its technicalities were crucial to properly interpreting the meaning of “to the public”: para. 30. Copyright protection should not depend “merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity . . . [where] the end result is the same”: para. 40.

[157] Together, these principles — media neutrality and functional equivalence — work to protect the fine balance between users and creators, between access and reward, enshrined in the *Copyright Act*. As Professor Tussey observes, “To the extent that the copyright balance of incentives and access has been appropriately set for a pre-existing technology, similar treatment of functional equivalents should maintain that balance”: p. 479. The analysis of whether copyright attaches to a particular activity should therefore focus on the essential nature of the activity or output, rather than the process by which it occurs.

[158] That is precisely why the cached copies at issue in *SOCAN v. CAIP*, copies that were created as a result of the activities of the Internet service providers, did not bring the providers beyond the exception from liability for persons who provide *only* the means of telecommunication necessary for another person to communicate a work. The central activity of the providers was providing a conduit for communication, and the cached copies were created solely for the purpose of delivering faster and more economic service to internet users.

[159] And it is why in *Rogers v. SOCAN*, although a temporary copy of the music file is transmitted to the user’s hard drive as part of the process of streaming music online, the Court treated the

[156] Enfin, dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, la Cour a examiné si la musique offerte en continu sur Internet à des utilisateurs individuels constituait une communication « au public » visée à l’al. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*. En concluant par l’affirmative, le juge Rothstein a fait observer que « la nature véritable de la communication » et non ses détails techniques était cruciale pour bien interpréter le sens de l’expression « au public » : par. 30. La protection du droit d’auteur ne devrait pas être entièrement tributaire « du modèle d’entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d’auteur [...] [lorsque] le résultat est en fin de compte le même » : par. 40.

[157] Ensemble, ces principes — la neutralité du support et l’équivalence fonctionnelle — ont pour effet de protéger le juste équilibre ancré dans la *Loi sur le droit d’auteur* entre les utilisateurs et les créateurs, ainsi qu’entre l’accès et la récompense. Comme la professeure Tussey l’a fait remarquer, [TRADUCTION] « [d]ans la mesure où l’équilibre en matière de droit d’auteur entre les incitatifs et l’accès a été bien établi pour une technologie qui existe déjà, le fait de traiter les équivalents fonctionnels de façon similaire devrait maintenir cet équilibre » : p. 479. L’analyse de la question de savoir si une activité donnée est assujettie à un droit d’auteur devrait donc être axée sur la nature essentielle de l’activité ou de son résultat plutôt que sur le processus par lequel elle survient.

[158] C’est précisément pourquoi les antémémoires en cause dans l’arrêt *SOCAN c. ACFI*, créées par suite des activités des fournisseurs de services Internet, n’ont pas élevé les fournisseurs au-delà de la protection pour les personnes qui fournissent *seulement* le moyen de télécommunication nécessaire pour que le tiers effectue la communication de l’œuvre. L’activité centrale des fournisseurs était de fournir un agent de communication, et les antémémoires ont été créées dans le seul but d’offrir un service plus rapide et plus économique aux utilisateurs d’Internet.

[159] C’est aussi pourquoi dans l’arrêt *Rogers c. SOCAN*, bien qu’une copie temporaire du fichier de musique soit transmise sur le disque dur de l’utilisateur dans le cadre du processus de transmission en

process of streaming as an exercise of the telecommunications right, not as a separate exercise of the reproduction right. Those temporary copies were considered to form a technical part of the streaming process, and did not transform the central activity of communicating the work by telecommunication.

[160] And finally, it is why in *Entertainment Software Association*, where SOCAN wanted to charge royalties for copies of video games sold and delivered over the Internet despite being unable to charge royalties for copies of video games sold in a store or shipped by mail, this Court held that traditional and more technologically advanced forms of the same activity should be treated equally under the *Copyright Act*:

The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, we interpret the *Copyright Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the *method of delivery* of the work to the end user. To do otherwise would effectively impose a gratuitous cost for the use of more efficient, Internet-based technologies. [Emphasis in original; para. 9.]

[161] Similarly, in this case, SODRAC is attempting to claim royalties for the *method* of broadcasting the musical works to the public, despite never before receiving royalties for broadcasting activities.

[162] Technological neutrality — and specifically, the principle of functional equivalence — is a crucial part of any reasonable interpretation of the application of the reproduction right to broadcast-incidentals copies.

[163] The CBC argued that SODRAC's attempt to monetize broadcast-incidentals copies "represents a subversion of the purpose of the *Copyright Act* in an attempt to generate economic rents through a layered licensing scheme".

continu de musique en ligne, la Cour a traité le processus de transmission en continu comme un exercice du droit de télécommunication, et non comme un exercice distinct du droit de reproduction. Ces copies temporaires étaient considérées comme une partie technique du processus de transmission en continu et ne transformaient pas l'activité centrale de communiquer l'œuvre par télécommunication.

[160] Enfin, c'est pourquoi dans l'arrêt *Entertainment Software Association* — où la SOCAN voulait percevoir des redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus et livrés sur Internet alors qu'elle ne peut percevoir de redevances pour les exemplaires de jeux vidéo vendus dans un magasin ou livrés par courrier — la Cour a conclu que les supports traditionnels et les supports plus avancés sur le plan technologique d'une même activité devraient être traités uniformément en application de la *Loi sur le droit d'auteur* :

Le principe de neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi sur le droit d'auteur* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le *mode de livraison* de l'œuvre à l'utilisateur. Toute autre interprétation imposerait en fait un coût injustifié pour l'utilisation de technologies Internet plus efficaces. [En italique dans l'original; par. 9.]

[161] De même, en l'espèce, la SODRAC tente de percevoir des redevances sur le *mode* de diffusion des œuvres musicales au public, en dépit du fait qu'elle n'ait jamais reçu auparavant de redevances pour des activités de diffusion.

[162] La neutralité technologique — et, plus particulièrement, le principe de l'équivalence fonctionnelle — est une composante cruciale de toute interprétation raisonnable de l'application du droit de reproduction aux copies accessoires de diffusion.

[163] La SRC a fait valoir que la tentative de la SODRAC de monnayer les copies accessoires de diffusion [TRADUCTION] « représente une subversion de l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* en tentant de générer des rentes économiques au moyen d'un régime de licences aux couches multiples ».

[164] I agree. The principle of technological neutrality requires that the interpretation and application of the *Copyright Act* focus on the essential character of the activity and not the technical modalities by which it is achieved. The essential character of the *broadcasting* activity does not change with the adoption of modern digital technologies that are dependent on the creation of incidental copies in order to accomplish the activity. Each broadcast-incidental copy is not a separate reproduction of the work under the *Act* simply because the technical imperatives of effecting a broadcast require the presence of multiple copies. They do not, as a result, attract separate royalties. To conclude otherwise is to doom both technological neutrality and the ability of copyright law to preserve the delicate balance between the rights of copyright holders and the public's interest in the dissemination of creative works.

[165] Traditionally, broadcasting was subject only to communication fees. The Board's decision to impose royalties on the CBC for the creation of copies made incidental to the activity of broadcasting amounts to finding that broadcasting in the digital era, as opposed to the pre-digital era, should be subject to two fees for the same activity. As this Court observed in *Entertainment Software Association*, this result harms both end users of the works and copyright owners:

When a single economic activity implicates more than one type of right and each type is administered by a separate collective, the multiplicity of licences required can lead to inefficiency. . . . The result is that the total price the user has to pay for all complements is too high

. . . the fragmentation of licences required for single activities among several monopolist-collectives generates inefficiencies, from which copyright owners as a whole also suffer

(Para. 11, quoting Ariel Katz, "Commentary: Is Collective Administration of Copyrights Justified

[164] Je suis d'accord. Le principe de neutralité technologique exige que l'interprétation et l'application de la *Loi sur le droit d'auteur* soient centrées sur le caractère essentiel de l'activité, et non sur les modalités techniques grâce auxquelles elle est réalisée. Le caractère essentiel du processus de *diffusion* ne change pas parce que des technologies numériques modernes dépendantes de la création de copies accessoires sont adoptées pour réaliser l'activité. Chaque copie accessoire de diffusion ne constitue pas une reproduction distincte de l'œuvre visée par la *Loi* simplement parce que les impératifs techniques de la diffusion exigent la création de multiples copies. Par conséquent, elles ne donnent pas droit à des redevances distinctes. Conclure autrement reviendrait à condamner tant la neutralité technologique que la capacité du droit d'auteur à préserver l'équilibre délicat établi entre les droits des titulaires d'un droit d'auteur et l'intérêt du public à ce que les œuvres créatives soient diffusées.

[165] Traditionnellement, la diffusion était uniquement assujettie aux frais de communication. La décision de la Commission d'imposer des redevances à la SRC pour la création de copies effectuées accessoirement à la diffusion revient à conclure que la diffusion à l'ère numérique, par opposition à l'ère prénumérique, devrait être assujettie à deux types de frais pour la même activité. Comme l'a fait observer la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association*, ce résultat est préjudiciable à la fois aux utilisateurs et aux titulaires du droit d'auteur :

[TRADUCTION] Lorsque, à elle seule, une activité économique emporte l'application de plus d'un type de droit, chacun étant géré par une société de gestion collective distincte, la multiplicité des licences nécessaires peut entraîner une inefficacité. [...] Dès lors, le prix que doit verser l'utilisateur au total est trop élevé

. . . l'octroi par plusieurs monopoles de gestion collective des licences nécessaires à l'exercice d'une seule activité crée des inefficiences dont souffre également la collectivité des titulaires du droit d'auteur

(Par. 11, citant Ariel Katz, « Commentary : Is Collective Administration of Copyrights Justified by

by the Economic Literature?”, in Marcel Boyer, Michael Trebilcock and David Vaver, eds., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, at pp. 461-63.)

[166] Most pertinently, the Federal Court of Appeal was wrong to suggest that “more copies mean more value and thus, more royalties”. This, with respect, violates technological neutrality not only by imposing additional copyright liability on the use of more efficient copy-dependent broadcasting technologies which are functionally equivalent to traditional broadcasting systems, but also by erroneously tying the compensation owed to creators of copyrighted works to how efficiently the user of those works exercises the right that was bargained for.

[167] Moreover, broadcasters are required to make certain broadcast-incidental copies in order to comply with CRTC regulations, such as to keep a record of exactly what was broadcast in the event of a public complaint or inquiry. Giving creators of broadcasted works additional copyright compensation because the CBC, in order to have the right to broadcast, is required to create incidental copies of the works for regulatory compliance purposes, gives creators compensation for something they are not entitled to under the *Act*.

[168] It is, in fact, difficult to see how the creation of broadcast-incidental copies implicates the legitimate reproduction interests of the creators of the works in any way. These copies are, to borrow the language of *Entertainment Software Association*, merely technological taxis required for the delivery of the digital broadcast process. They are not recordings which fix a particular embodiment of the protected works, they are not delivered as durable copies to the viewer or listener, and they do not alter the degree of control that the composer once had over how the work will be presented to the public.

the Economic Literature? », dans Marcel Boyer, Michael Trebilcock et David Vaver, dir., *Competition Policy and Intellectual Property* (2009), 449, p. 461-463.)

[166] Plus particulièrement, la Cour d’appel fédérale a eu tort d’indiquer que « plus de copies signifie plus de valeur, et donc plus de redevances ». À mon humble avis, cette affirmation contrevient au principe de neutralité technologique non seulement en imposant des redevances supplémentaires sur l’utilisation de technologies de diffusion plus efficaces qui dépendent de la création de copies et qui sont fonctionnellement équivalentes aux systèmes de diffusion traditionnels, mais aussi en liant erronément la rémunération des créateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur à l’efficacité avec laquelle l’utilisateur de ces œuvres exerce le droit qui lui a été accordé.

[167] Qui plus est, les diffuseurs sont tenus d’effectuer certaines copies accessoires de diffusion afin de respecter la réglementation du CRTC. Ils doivent notamment tenir un registre de tout ce qui a été diffusé au cas où il y aurait une plainte du public ou une enquête. Donner aux créateurs d’œuvres diffusées une rémunération supplémentaire parce que la SRC, pour avoir le droit de diffuser, est tenue de créer des copies accessoires des œuvres afin de respecter le règlement, revient à donner aux créateurs une rémunération pour quelque chose à laquelle ils n’ont pas droit aux termes de la *Loi*.

[168] En fait, il est difficile de voir comment la création de copies accessoires de diffusion fait intervenir les droits légitimes de reproduction des créateurs de l’œuvre d’une quelconque façon. Ces copies sont, pour reprendre les mots de la Cour dans l’arrêt *Entertainment Software Association*, simplement un taxi technologique assurant la livraison du processus de diffusion numérique. Elles ne sont pas des enregistrements qui constituent une incarnation précise des œuvres protégées, elles ne sont pas livrées au téléspectateur ou à l’auditeur comme des copies durables et elles ne modifient aucunement le degré de contrôle que le compositeur exerçait auparavant sur la façon dont l’œuvre est présentée au public.

[169] Excluding broadcast-incidentals from the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) of the *Copyright Act* does nothing to prejudice the legitimate interests of copyright holders. Virtually all of the composers represented by SODRAC for the administration of reproduction rights in their works are also represented by SOCAN for the administration of communication rights. It is hard to see how the purposes of the *Copyright Act* are advanced by permitting the creators of musical works to bargain at one table for royalties in exchange for the right to broadcast their works, and then at another table for additional royalties for the technical modalities by which that same right is exercised.

[170] That is why I have difficulty accepting Rothstein J.'s analysis. The result of his approach is to penalize broadcasters for implementing advancements in broadcasting technologies by creating artificial entitlements to compensation under the *Copyright Act* for incidental activities that were never intended to be covered by the *Act*. He begins his discussion of the scope of the reproduction right under s. 3(1)(d) with an acknowledgment that this Court's understanding of the purpose of the *Copyright Act* has evolved from the author-centric view articulated in *Bishop* to that of maintaining the proper balance between the rights of creators and the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect. This balance involves not only "recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature": *Théberge*, at para. 31. He also acknowledges the role that the principle of technological neutrality, as set out most recently by this Court in *Entertainment Software Association*, plays in maintaining that balance. To this extent, I agree with his reasons. What I cannot agree with, however, is his finding that these fundamental principles of copyright law have been ousted in this case by the language of the *Copyright Act*. In so finding, he employs a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d), reading the words of the provision without the benefit of the

[169] Le fait d'exclure les copies accessoires de diffusion de la portée du droit de reproduction prévu à l'al. 3(1)d) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne porte pas préjudice aux intérêts légitimes des titulaires d'un droit d'auteur. Pratiquement tous les compositeurs représentés par la SODRAC pour l'administration des droits de reproduction de leurs œuvres sont également représentés par la SOCAN pour l'administration des droits de communication. Il est difficile de voir comment les objectifs de la *Loi sur le droit d'auteur* sont réalisés en permettant aux créateurs d'œuvres musicales de négocier à une table pour obtenir des redevances en échange du droit de diffuser leurs œuvres, et ensuite à une autre table pour obtenir des redevances supplémentaires pour les modalités techniques selon lesquelles ce même droit est exercé.

[170] C'est pourquoi j'ai de la difficulté à accepter l'analyse du juge Rothstein. Son point de vue a pour effet de pénaliser les diffuseurs qui mettent en œuvre des technologies de diffusion innovantes en créant des droits artificiels à une rémunération en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* pour des activités accessoires qui n'ont jamais été censées être visées par cette dernière. Le juge Rothstein commence sa discussion sur la portée du droit de reproduction visé par l'al. 3(1)d) en reconnaissant que la façon dont la Cour interprète l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* a évolué depuis la conception centrée sur l'auteur de l'œuvre formulée dans l'arrêt *Bishop* jusqu'à celle du maintien du juste équilibre entre les droits des créateurs et la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles. Cet équilibre est atteint non seulement « en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits » : *Théberge*, par. 31. Mon collègue reconnaît également le rôle que joue le principe de neutralité technologique tel qu'il a été énoncé plus récemment par la Cour dans l'arrêt *Entertainment Software Association* dans le maintien de cet équilibre. Dans cette mesure, je souscris à ses motifs. Toutefois, je ne puis souscrire à sa conclusion selon laquelle ces principes fondamentaux du droit en

purpose and context of the *Act* to ascertain its true meaning.

[171] He points to ss. 30.8 and 30.9 of the *Copyright Act*, which create finely calibrated and limited exceptions for certain kinds of ephemeral recordings, as evidence of Parliament's intention that broadcast-incidental copies engage the reproduction right. His argument is that, by virtue of creating these limited exceptions to the reproduction right, Parliament was confirming that all *other* ephemeral and incidental copies were protected under s. 3(1)(d) of the *Act*. Since the broadcast-incidental copies at issue in this case are not among the specific enumerated exceptions, Rothstein J. accepts SODRAC's argument that they necessarily engage the reproduction right set out in s. 3(1)(d).

[172] There is a much more plausible explanation for these narrow exceptions that better accords with the overarching purposes of the *Copyright Act*. As SODRAC acknowledges, these amendments were a legislative response to the Court's 1990 decision in *Bishop*. In *Bishop*, the Court was asked to determine whether the licensing of a performance right — the right to broadcast a musical work — implicitly authorized ephemeral recordings of a performance of the work for the purposes of effecting the broadcast. The composer claimed that the pre-recorded tape of the performance implicated the reproduction right. The defendant did not deny that such a copy was made, but argued that it was "ephemeral" and, as such, should not attract copyright liability. Applying a literal interpretation of s. 3(1)(d) to conclude that the ephemeral recording engaged the composer's reproduction rights, this Court held that a separate reproduction licence was required.

matière de droit d'auteur ont été écartés en l'espèce par le libellé de la *Loi sur le droit d'auteur*. Pour arriver à cette conclusion, il interprète littéralement l'al. 3(1)d), en lisant les termes de la disposition sans tirer bénéfice de l'objet et du contexte de la *Loi* pour vérifier sa véritable signification.

[171] Le juge Rothstein attire notre attention sur les art. 30.8 et 30.9 de la *Loi sur le droit d'auteur* — qui créent des exceptions minutieusement calibrées et limitées pour certains genres d'enregistrements éphémères — afin de démontrer que le législateur souhaitait que les copies accessoires de diffusion fassent intervenir le droit de reproduction. Selon lui, en créant ces exceptions limitées au droit de reproduction, le législateur a confirmé que toutes les *autres* copies éphémères et accessoires étaient protégées par l'al. 3(1)d) de la *Loi*. Puisque les copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce ne font pas partie des exceptions précises énumérées, le juge Rothstein accepte l'argument de la SODRAC selon lequel elles font forcément intervenir le droit de reproduction énoncé à l'al. 3(1)d).

[172] Il existe une explication beaucoup plus plausible pour justifier ces exceptions restreintes, qui s'accorde mieux avec les objets généraux de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme le reconnaît la SODRAC, ces modifications ont été apportées en réponse à la décision rendue en 1990 par la Cour dans *Bishop*. Dans cet arrêt, la Cour a été appelée à déterminer si le fait de céder des droits d'exécution — le droit de diffuser une œuvre musicale — autorisait implicitement les enregistrements éphémères d'une exécution de l'œuvre dans le but de servir la diffusion. Le compositeur a fait valoir que le ruban préenregistré de son exécution faisait intervenir le droit de reproduction. La défenderesse n'a pas nié que pareille copie avait été effectuée, mais a soutenu qu'elle était « éphémère » et que, par conséquent, il ne devrait pas lui être rattaché une responsabilité pour violation du droit d'auteur. En interprétant littéralement l'al. 3(1)d) pour conclure que l'enregistrement éphémère mettait en cause les droits de reproduction du compositeur, la Cour a statué qu'une licence de reproduction distincte était nécessaire.

[173] Broadcasters sought corrective legislative intervention. The results of their efforts were ss. 30.8 and 30.9. Section 30.8 makes provision for broadcasters who have a right to broadcast a live performance, but no right to make recordings of that performance. Subject to specific conditions, it allows them to make temporary recordings of the performance for the purpose of the broadcast without obtaining a second permission from the copyright holder: Hugues G. Richard and Laurent Carrière, eds., *Canadian Copyright Act Annotated* (loose-leaf), at pp. 30.8-9 and 30.8-10. Section 30.9 offers an exception for broadcasters who have a right to broadcast a sound recording but no right to make copies of it. It allows the broadcaster to convert a pre-recorded performance from one medium to another if it is necessary for the purposes of broadcasting: Richard and Carrière, at p. 30.9-7. These exceptions are subject to specific conditions, including that the copy be made by the broadcaster itself for its own broadcast; and that it cannot be synchronized with any other work or subject matter. The parties agree that neither provision applies to the broadcast-incidental copies at issue in this case.

[174] These discrete legislative responses to a specific judicial interpretation of the *Copyright Act* should not, it seems to me, be mistaken for a Rosetta stone on the scope and meaning of the reproduction right. And they are far from the express statutory language required to displace such fundamental objectives and principles underpinning the *Copyright Act* as technological neutrality and balance. The effect of such an approach is to set a new precedent for statutory interpretation, one that is contrary to the long-accepted approach which requires that we examine the words of a statute “in their entire context”.

[175] It is more credible, it seems to me, to interpret ss. 30.8 and 30.9 as an effort to provide greater

[173] Les diffuseurs ont sollicité une intervention législative correctrice. Grâce à leurs efforts, les art. 30.8 et 30.9 ont été édictés. L'article 30.8 prévoit des dispositions pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser une exécution en direct, mais qui n'ont pas le droit d'effectuer des enregistrements de cette exécution. Sous réserve de conditions précises, cette disposition leur permet d'effectuer des enregistrements temporaires de la prestation pour les besoins de la diffusion sans obtenir une deuxième permission de la part du titulaire du droit d'auteur : Hugues G. Richard et Laurent Carrière, dir., *Canadian Copyright Act Annotated* (feuilles mobiles), p. 30.8-9 et 30.8-10. L'article 30.9 prévoit une exception pour les diffuseurs qui ont le droit de diffuser un enregistrement sonore, mais qui n'ont pas le droit d'en effectuer des copies. Il permet aux diffuseurs de convertir une exécution préenregistrée d'un support à un autre si cela est nécessaire pour les besoins de la diffusion : Richard et Carrière, p. 30.9-7. Ces exceptions sont assujetties à des conditions précises, y compris que la copie soit effectuée par le diffuseur même pour sa propre diffusion et qu'elle ne peut être synchronisée avec quelque autre œuvre que ce soit. Les parties conviennent que ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne s'applique aux copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce.

[174] Ces réponses législatives distinctes à une interprétation judiciaire précise de la *Loi sur le droit d'auteur* ne devraient pas, il me semble, être perçues comme une pierre de Rosette quant à la portée et à la signification du droit de reproduction. De plus, elles sont loin du libellé législatif exprès requis pour supplanter des objectifs et principes aussi fondamentaux qui sous-tendent la *Loi sur le droit d'auteur* que ceux de la neutralité technologique et de l'équilibre. Cette approche a pour effet d'établir un nouveau précédent relativement à l'interprétation législative, un précédent qui est contraire à l'approche acceptée depuis longtemps qui exige que nous examinions les termes d'une loi « dans leur contexte global ».

[175] Il me semble plus crédible d'interpréter les art. 30.8 et 30.9 comme une façon d'assurer que

certainty that certain classes of ephemeral recording are not to attract copyright liability. They were a response to a decision of this Court in order to *maintain* technological neutrality, *not* a comprehensive statement on the content of the reproduction right, or which kinds of copies will trigger it. While ss. 30.8 and 30.9 are illustrative of the distinction between broadcasting and reproduction rights and specifically identify certain classes of copies that do not engage the reproduction right, they are, as exceptions, of limited value in interpreting the scope of the reproduction right found in s. 3(1), a provision enacted many years earlier. To find otherwise would trap Parliament in an interminable and losing game of catch-up with swift and unknown technological currents.

[176] This brings me to the effect of *Bishop* on this case. The Federal Court of Appeal concluded that the legal character of the broadcast-incidental copies at issue in this case was settled by that 1990 decision. *Bishop*, however, rests on jurisprudential foundations that have been revised by this Court's subsequent jurisprudence. For a start, *Bishop* explicitly adopts a literal approach to the interpretation of s. 3(1)(d) and the introductory paragraph to s. 3(1) of the *Copyright Act*: pp. 484-85.

[177] In the years since *Bishop* was decided, this Court has clarified that statutory interpretation cannot be founded on the wording of the statute alone: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The purposes of the *Copyright Act* — including the pre-eminent principle of technological neutrality, and the goal of maintaining the balance between users and copyright holders — have therefore taken on enhanced prominence in the interpretive exercise. These purposes lead us away from approaching the “reproduction right” as capturing every technical or incidental reproduction, and towards an approach that examines whether it is the kind of “reproduction” the *Act* was intended to protect. And that, in turn, requires

certaines catégories d'enregistrements éphémères ne sont pas assujetties à des redevances. Ces dispositions répondaient à un arrêt de la Cour afin de *maintenir* la neutralité technologique, et *ne* constituaient *pas* un énoncé complet du contenu du droit de reproduction, ni ne dressaient la liste des types de copies qui le feront intervenir. Même si les art. 30.8 et 30.9 permettent d'illustrer la distinction entre les droits de diffusion et de reproduction et identifient spécifiquement certaines catégories de copies qui ne mettent pas en cause le droit de reproduction, à titre d'exceptions, ils sont d'une valeur limitée pour interpréter la portée du droit de reproduction visé au par. 3(1), une disposition édictée de nombreuses années plus tôt. Conclure autrement forcerait le législateur à rattraper constamment son retard à l'égard de courants technologiques inconnus et qui évoluent rapidement.

[176] Cela m'amène à l'effet de l'arrêt *Bishop* sur le cas qui nous occupe. La Cour d'appel fédérale a conclu que la nature juridique des copies accessoires de diffusion en cause en l'espèce a été établie par cet arrêt de 1990. L'arrêt *Bishop*, toutefois, repose sur des fondements jurisprudentiels qui ont été révisés par la jurisprudence subséquente de la Cour. Tout d'abord, l'arrêt *Bishop* a explicitement adopté une interprétation littérale de l'al. 3(1)d) et du paragraphe introductif du par. 3(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* : p. 484-485.

[177] Dans les années qui ont suivi l'arrêt *Bishop*, la Cour a précisé que l'interprétation législative ne peut être fondée sur le seul libellé du texte de loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Les objets de la *Loi sur le droit d'auteur* — y compris le principe prééminent de neutralité technologique et l'objectif de maintien de l'équilibre entre les utilisateurs et les titulaires d'un droit d'auteur — ont par conséquent pris une importance accrue dans l'exercice d'interprétation. Ces objets nous évitent d'interpréter le « droit de reproduction » comme englobant toute reproduction technique ou accessoire et nous mènent à adopter une approche visant à examiner s'il s'agit du genre de « reproduction » que la *Loi* visait à protéger.

examining the purpose and effect of the reproduction — in other words, its technological context.

[178] If, on the other hand, we adopt a literal interpretation of the right enumerated in s. 3(1)(d) of the *Act*, there will be no room for the principle of technological neutrality in the interpretation of rights enumerated in s. 3(1) of the *Act*. Finding that the plain meaning of s. 3(1)(d) and the result in *Bishop* dictate the scope of the reproduction right in lieu of a purposive and technologically neutral interpretation will, as a result, roll back nearly two decades of this Court's statutory interpretation and copyright jurisprudence.

[179] Since, in my view, the creation of broadcast-incidental copies is not a compensable exercise of the reproduction right, it is not necessary to consider how the Board should value such copies. That said, I have concerns about how the majority articulates and applies the principle of technological neutrality to the issue of valuation. The thirteen years of copyright jurisprudence since *Théberge* have built up the principles of balance and technological neutrality floor by floor. With respect, the majority's approach builds an entirely new structure which is not only wholly inconsistent with the established case law, it tears down the existing foundations. It has a significant and detrimental impact on how the balance is struck between copyright holders and the users of protected works, deviates from the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association*, and creates uncertainty as to how the principle of technological neutrality operates.

[180] First, this Court, in *Théberge*, concluded that the *Copyright Act* is a balance between obtaining a “just reward” for the creator of protected works, and “promoting the public interest in the encouragement and dissemination” of such works:

Ainsi, il faut examiner l'objet et l'effet de la reproduction — autrement dit, son contexte technologique.

[178] Si, en revanche, nous adoptons une interprétation littérale du droit énoncé à l'al. 3(1)d) de la *Loi*, il n'y aura aucune place pour le principe de neutralité technologique dans l'interprétation des droits énoncés au par. 3(1) de la *Loi*. Conclure que le sens ordinaire de l'al. 3(1)d) et que l'issue de l'arrêt *Bishop* dictent la portée du droit de reproduction au lieu d'adopter une interprétation téléologique et neutre sur le plan de la technologie annulera, par conséquent, près de deux décennies de jurisprudence de la Cour quant à l'interprétation législative et en matière de droit d'auteur.

[179] Puisque, à mon sens, la création de copies accessoires de diffusion ne constitue pas un exercice du droit de reproduction justifiant rémunération, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner quelle valeur la Commission devrait accorder à ces copies. Cela dit, je suis préoccupée par la façon dont les juges majoritaires énoncent le principe de neutralité technologique et l'applique à la question de l'évaluation. La jurisprudence des treize dernières années depuis *Théberge* relative au droit d'auteur a construit les principes de mise en équilibre et de neutralité technologique étage par étage. Soit dit en tout respect, l'approche adoptée par les juges majoritaires établit une structure totalement nouvelle qui non seulement est complètement contraire à la jurisprudence établie, mais qui en démolit en outre les fondations. Cela a une incidence considérable et néfaste sur la façon dont est atteint l'équilibre entre les titulaires du droit d'auteur et les utilisateurs des œuvres protégées, cela s'écarte du principe de neutralité technologique énoncé dans *Entertainment Software Association* et cela crée de l'incertitude quant à la façon dont ce principe fonctionne.

[180] Premièrement, dans *Théberge*, la Cour a conclu que la *Loi sur le droit d'auteur* établit un équilibre entre l'obtention d'une « juste récompense » pour le créateur des œuvres protégées et la « promotion, dans l'intérêt du public, de la création

para. 30. This balance considers whether the legitimate interests of copyright holders are implicated by the proposed use of their protected works. The majority's application of the principle of technological neutrality disrupts how this balance is struck. The majority proposes two novel factors for the Board to consider when striking a balance between user and copyright holder interests: (1) the nature of the copyright-protected work's use in the new technology; and (2) the risks taken and the extent of the investment made by the user in the new technology. While the first factor is consistent with the balance articulated in *Théberge*, the second is not. Its effect is to tie copyright holder compensation to actions of the user that are unrelated and irrelevant to the rights held in the protected works. If we follow the majority's new factor to its logical conclusion, we could well find that users who make a sufficiently large investment or take sufficiently high risks may, by doing so, deprive the copyright holder of *any* entitlement to compensation for the use of the protected works.

[181] Second, the majority's articulation of the principle of technological neutrality in this case represents a significant departure from the principle as it was articulated in *Entertainment Software Association*. As the majority acknowledges, the principle of technological neutrality articulated in *Entertainment Software Association* seeks to preserve the accepted balance between creators and users in the digital environment. In a case like this, where the use of new technology intersects with the *Copyright Act*, the principle of technological neutrality calls for an inquiry into whether there is functional equivalence between the old and new technology in a way that maintains that balance. The focus is on *what function* the technology is performing, not *how* it is performing it: *Entertainment Software Association*, at paras. 5 and 9-10. In other words, as Rothstein J. himself noted in *Rogers v.*

et de la diffusion » de telles œuvres : par. 30. Cette mise en équilibre tient compte de la question de savoir si les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur sont mis en cause par l'usage qu'on se propose de faire de leurs œuvres protégées. L'application que font les juges majoritaires du principe de neutralité technologique perturbe la façon dont cet équilibre est établi. Ils proposent que la Commission tienne compte de deux nouveaux facteurs lorsqu'elle procède à cette mise en équilibre : (1) la nature de l'utilisation de l'œuvre protégée par le droit d'auteur avec la nouvelle technologie et (2) les risques pris par l'utilisateur et l'étendue de son investissement dans la nouvelle technologie. S'il est vrai que le premier facteur est compatible avec la mise en équilibre décrite dans *Théberge*, le second ne l'est pas. Il a pour effet de lier la compensation du titulaire du droit d'auteur aux actions de l'utilisateur qui n'ont pas de liens avec les droits relatifs aux œuvres protégées et qui ne sont pas pertinentes. Si l'on suit le deuxième nouveau facteur ajouté par les juges majoritaires jusqu'à sa conclusion logique, il se pourrait qu'on en arrive à conclure que les utilisateurs qui font un investissement suffisamment important ou qui prennent un risque suffisamment grand peuvent, ce faisant, priver le titulaire du droit d'auteur de *quelque droit que ce soit* à une compensation pour l'utilisation des œuvres protégées.

[181] Deuxièmement, la formulation du principe de neutralité technologique par les juges majoritaires en l'espèce constitue un changement important par rapport à sa formulation dans *Entertainment Software Association*. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, le principe de neutralité technologique tel qu'il est formulé dans cet arrêt vise à préserver l'équilibre qui fait consensus entre les créateurs et les utilisateurs dans l'environnement numérique. Dans un cas comme celui-là, où l'utilisation de la nouvelle technologie recoupe la *Loi sur le droit d'auteur*, le principe de neutralité technologique suppose l'examen de la question de savoir s'il existe une équivalence fonctionnelle entre la nouvelle technologie et l'ancienne d'une manière qui maintienne cet équilibre. L'accent porte sur *la fonction exercée* par la technologie et non pas sur son *fonctionnement* : *Entertainment Software*

SOCAN, “[i]f the nature of the activity in both cases is the same, albeit accomplished through different technical means, there is no justification for distinguishing between the two for copyright purposes”: para. 29.

[182] As this Court confirmed in *Entertainment Software Association*, technological neutrality operates to prevent imposing additional, gratuitous fees on the user simply for the use of more efficient technologies: para. 9. By focusing the inquiry on the value that the technology is creating for the user, as the majority does, as opposed to the functional result created by the technology, it misconstrues technological neutrality. A technological innovation may create value for the user by increasing efficiencies, driving down costs, or allowing the user to remain competitive. But as this Court observed in *Entertainment Software Association*, a copyright holder like SODRAC is not entitled to be compensated for how efficiently a user like the CBC uses technology to achieve its broadcast. Those gains have nothing to do with the copyright holder’s legitimate interests, or with the balance struck between the copyright holder and the user.

[183] The result of the majority’s conclusions is uncertainty as to the purpose and application of the principle of technological neutrality in the interpretation and application of the *Copyright Act*, uncertainty as to how users of copyrighted material are to exercise their authorized rights and activities without incurring additional copyright liability, and uncertainty as to the “value” of incidental activities. It also represents the acceptance of layered licensing schemes whereby, rather than licensing the central activity of broadcasting, licences are granted for the central activity as well as for its component parts based solely on the method chosen to effect the central authorized activity. This results in the imposition of gratuitous costs on broadcasters merely for

Association, par. 5 et 9-10. Autrement dit, comme le juge Rothstein l’a lui-même noté dans *Rogers c. SOCAN*, « [l]orsque l’acte est foncièrement identique, bien qu’il soit accompli par des moyens techniques différents, rien ne justifie d’établir une distinction entre les deux envois pour les besoins de l’application du droit d’auteur » : par. 29.

[182] Comme la Cour l’a confirmé dans *Entertainment Software Association*, la neutralité technologique sert à éviter d’imposer des redevances additionnelles et injustifiées à l’utilisateur uniquement parce qu’il utilise des technologies plus efficaces : par. 9. Faire porter l’examen principalement sur la valeur que crée la technologie pour l’utilisateur, comme le font les juges majoritaires, plutôt que sur le résultat fonctionnel créé par la technologie, revient à interpréter erronément la neutralité technologique. Une innovation technologique peut créer de la valeur pour l’utilisateur en augmentant l’efficacité des processus, en réduisant les coûts ou en lui permettant de rester compétitif. Mais comme la Cour l’a fait remarquer dans *Entertainment Software Association*, le titulaire du droit d’auteur comme la SODRAC n’a pas le droit de recevoir une compensation pour l’efficacité avec laquelle un utilisateur comme la SRC se sert de la technologie pour mener à bien ses activités de diffusion. Ces gains n’ont rien à voir ni avec les intérêts légitimes du titulaire du droit d’auteur ni avec l’équilibre établi entre ce dernier et l’utilisateur.

[183] Les conclusions des juges majoritaires ont pour effet de créer une incertitude quant à l’objet et à l’application du principe de neutralité technologique dans l’interprétation et l’application de la *Loi sur le droit d’auteur*, une incertitude pour les utilisateurs d’œuvres protégées par le droit d’auteur quant à la façon d’exercer leurs droits et activités autorisés sans encourir une responsabilité supplémentaire pour violation du droit d’auteur, ainsi qu’une incertitude quant à la « valeur » des activités accessoires. Ces conclusions reviennent également à accepter les systèmes de licences aux couches multiples selon lesquels, plutôt que d’assujettir l’activité centrale de diffusion à une licence, les licences sont accordées pour l’activité centrale

the use of more efficient technologies that do not engage with the legitimate interests of copyright holders. These are the very consequences that this Court's decision in *Entertainment Software Association* said were proscribed by the principle of technological neutrality.

[184] In conclusion, applying the standard of reasonableness and looking at the Board's reasons as a whole, in my view its decision to impose royalty fees for broadcast-incidental copies was unreasonable. It is, as a result, unnecessary to consider the valuation issue.

[185] Why apply reasonableness? Here we come yet again to this Court's prodigal child, the standard of review. Too much obfuscation has already cluttered the journey, but while I hesitate to add words to an already overcrowded space, I have concerns that the majority has created yet another confusing fork in the road.

[186] The central issue in this appeal is whether the Copyright Board ought to have imposed royalty fees on the CBC for the creation of incidental copies that arise as a technical part of the digital broadcasting process. This question is at the heart of the Copyright Board's specialized mandate and therefore reviewable on a reasonableness standard.

[187] In this case, rather than review the Copyright Board's decision as a whole, Rothstein J. identifies no less than five separate issues, each of which he says attracts its own discrete standard of review analysis. One of these issues, "whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for CBC's broadcast-incidental copying", is said to warrant correctness review, while the other four

de même que pour ses composantes en fonction uniquement de la méthode choisie pour effectuer l'activité centrale autorisée. Ainsi, des coûts injustifiés seraient imposés aux diffuseurs simplement pour l'utilisation de technologies plus efficaces qui ne font pas intervenir les intérêts légitimes des titulaires du droit d'auteur. Il s'agit là des conséquences mêmes que la Cour a estimées prosrites par le principe de neutralité technologique dans l'arrêt *Entertainment Software Association*.

[184] Pour conclure, en appliquant la norme de la décision raisonnable et en examinant les motifs de la Commission dans leur ensemble, je suis d'avis que sa décision d'imposer des redevances pour les copies accessoires de diffusion était déraisonnable. Par conséquent, il est inutile d'examiner la question de l'évaluation.

[185] Pourquoi appliquer la norme de la décision raisonnable? Voilà qui nous amène encore une fois à l'enfant prodige de la Cour, la norme de contrôle. La route est déjà encombrée de trop de confusion, et même si j'hésite à ajouter des paroles dans un espace déjà trop encombré, je crains que les juges majoritaires n'aient créé, sur le chemin une autre fourche déroutante.

[186] La question principale en l'espèce est celle de savoir si la Commission du droit d'auteur aurait dû imposer des redevances à la SRC pour la création de copies accessoires qui découlent de la partie technique du processus de diffusion numérique. Cette question est au cœur du mandat spécialisé de la Commission du droit d'auteur et est, par conséquent, susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[187] En l'espèce, plutôt que d'examiner la décision de la Commission du droit d'auteur dans son ensemble, le juge Rothstein relève pas moins de cinq questions distinctes, dont chacune, affirme-t-il, emporte sa propre analyse de la norme de contrôle. Une de ces questions, à savoir « si la LDA permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC »,

are to be reviewed on the reasonableness standard. Applying these competing standards to the different components of the Copyright Board's decision, he ultimately concludes that the Copyright Board was correct in proceeding on the basis that broadcast-incidental copies engage the reproduction right under the *Copyright Act*, but that some of its conclusions with respect to the other issues were reasonable while others were not. With respect, this takes judicial review Through the Looking Glass.

[188] It is true that, in *Rogers v. SOCAN*, the majority held that the appropriate standard of review is correctness for questions of law for which the Copyright Board and courts share concurrent jurisdiction: para. 15. But in that case, the “sole issue” was “the meaning of the phrase ‘to the public’ in s. 3(1)(f) of the [*Copyright Act*]”: para. 2. After deciding the legal issue, the majority applied that conclusion to the facts: paras. 53-56. No further standard of review was discussed, considered or applied. In this case, the Board's decision was to impose royalty fees for the creation of broadcast-incidental copies. Rothstein J. not only extricates as a discrete legal question whether the *Copyright Act* allows SODRAC to seek a licence for the CBC's broadcast-incidental copying, he subdivides the rest of the decision into separate compartments entitled to their own standard of review. This is both new and regressive. It is also an approach that was proscribed by this Court in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 100.

[189] Extricating the various components of the decision and subjecting each to its own standard of review analysis represents, with respect, a

justifierait un examen selon la norme de la décision correcte, alors que les quatre autres devraient être examinées selon la norme de la décision raisonnable. En appliquant ces normes concurrentes aux différentes parties de la décision de la Commission du droit d'auteur, il conclut en définitive que la Commission du droit d'auteur a eu raison de tenir pour acquis que les copies accessoires de diffusion font intervenir le droit de reproduction en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*, mais que certaines de ses conclusions à l'égard des autres questions étaient raisonnables, alors que d'autres ne l'étaient pas. Soit dit en tout respect, cette conclusion pousse le contrôle judiciaire de l'autre côté du miroir.

[188] Il est vrai que, dans l'arrêt *Rogers c. SOCAN*, les juges majoritaires ont conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte relativement aux questions de droit pour lesquelles la Commission du droit d'auteur et les cours de justice partagent une compétence concurrente : par. 15. Or, dans ce pourvoi, « [s]eul le sens des mots “au public” employés à l'al. 3(1)f) de la [*Loi sur le droit d'auteur*] [faisait] l'objet du litige » : par. 2. Après avoir tranché la question de droit, les juges majoritaires ont appliqué cette conclusion aux faits : par. 53-56. Aucune autre norme de contrôle n'a été analysée, considérée, ni appliquée. En l'espèce, la Commission a décidé d'imposer des redevances pour la création de copies accessoires de diffusion. Le juge Rothstein non seulement met à l'écart à titre de question de droit celle de savoir si la *Loi sur le droit d'auteur* permet à la SODRAC de chercher à obtenir une licence pour les copies accessoires de diffusion de la SRC, mais il subdivise le reste de la décision en parties séparées emportant chacune l'application de leur propre norme de contrôle. Cette façon de procéder est à la fois nouvelle et régressive. Elle a également été proscrire par la Cour dans l'arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 100.

[189] Soit dit en tout respect, traiter séparément les diverses parties de la décision et assujettir chacune d'entre elles à sa propre analyse de la norme

significant and inexplicable change in this Court's standard of review jurisprudence, further erodes the careful framework this Court endorsed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, and risks creating an unworkable template for the judicial review of administrative decision-making.

[190] This latest movement in Rothstein J.'s shifting tectonic reviewing plates — extricating the various aspects of a tribunal's decision for their own individual standard of review analysis — creates even more confusion in an area of jurisprudence already unduly burdened by too many exceptions in the brief years since this Court decided *Dunsmuir*. There are always many parts of a tribunal's decision. Requiring courts to separately assess the standard of review for each of these parts and then to decide how many of those parts must be found to be unreasonable or incorrect in order to outweigh those parts which are found to be reasonable or correct may lead, with respect, to absurd results. Reviewing courts will be left to wonder just how many unreasonable or incorrect components of a decision it takes to warrant judicial intervention.

[191] Breaking down a decision into each of its component parts also increases the risk that a reviewing court will find an error to justify interfering in the tribunal's decision, and may well be seen as a thinly veiled attempt to allow reviewing courts wider discretion to intervene in administrative decisions. This, at its core, is the re-introduction of the long since abandoned "preliminary question doctrine", whereby courts adopted such a broad and probing understanding of "jurisdictional error" that they could effectively substitute their own opinion for that of a tribunal on virtually any aspect of a tribunal's decision. The preliminary question doctrine was a judicial tactic to permit courts to intervene and substitute their own views. It was a tactic *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R.

de contrôle représente un changement important et inexplicable dans la jurisprudence de la Cour en matière de norme de contrôle, affaibli également le cadre formulé minutieusement approuvé par la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, et risque de créer un modèle non fonctionnel pour le contrôle judiciaire des décisions administratives.

[190] Cette dernière dérive orchestrée par le juge Rothstein des plaques tectoniques de l'univers du contrôle judiciaire — dégager les divers aspects d'une décision d'un tribunal pour les assujettir à leur propre analyse de la norme de contrôle — crée encore plus de confusion dans un domaine de la jurisprudence qui a déjà été inutilement alourdi par trop d'exceptions durant les quelques années depuis que la Cour a rendu l'arrêt *Dunsmuir*. La décision d'un tribunal comporte toujours beaucoup de parties. Obliger les cours de révision à évaluer séparément la norme applicable à chacune de ces parties, puis à décider combien de ces parties doivent être jugées déraisonnables ou incorrectes pour pouvoir surpasser les parties qui sont jugées raisonnables ou correctes peut mener, à mon humble avis, à des résultats absurdes. Les cours de révision seront obligées de se demander combien il faut de parties déraisonnables ou incorrectes dans la décision pour justifier une intervention judiciaire.

[191] Le fait de diviser une décision en plusieurs parties augmente également le risque qu'une cour de révision trouve une erreur pour justifier son intervention dans la décision du tribunal et pourrait bien être perçu comme une tentative à peine voilée de conférer aux cours chargées de contrôles judiciaires un pouvoir discrétionnaire plus large pour intervenir dans les décisions administratives. Cela reviendrait essentiellement à réintroduire la « doctrine de la condition préalable », abandonnée depuis longtemps, selon laquelle les tribunaux interprétaient l'« erreur de compétence » d'une façon si large et approfondie qu'ils pouvaient en effet substituer leur propre opinion à celle du tribunal sur pratiquement tous les aspects de la décision. La doctrine de la condition préalable était une tactique judiciaire qui permettait aux cours de justice

227, sought to end and *Dunsmuir* sought to bury. Its spiritual heirs should be given the same treatment.

[192] I would therefore allow the appeal with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

[193] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with my colleague Justice Abella on the merits and in the result. I write, however, because I cannot accept her position on the standard of review. This expert tribunal is presumptively reviewable on the basis of reasonableness. However, I agree with Justice Rothstein that the legal issue of whether broadcast-incidentals engage the reproduction right must be reviewed on the basis of correctness, in accordance with our decision in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 10-20. As the presumption has not otherwise been displaced, the standard of review of reasonableness applies to the balance of the statutory licence decision and the interim licence decision: Copyright Board file Nos. 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, November 2, 2012 (online), and file No. 70.2-2012-01, January 16, 2013 (online), respectively.

[194] However, I do not endorse the general approach my colleague Justice Rothstein has taken to his analysis of the standard of review. I am concerned with a methodology that examines and ascribes a specific standard of review to each individual issue challenged within a tribunal decision. Our jurisprudence permits the isolation of a

d'intervenir et de substituer leurs propres visions à celles des tribunaux administratifs. Il s'agit d'une tactique que l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, a cherché à éliminer et que l'arrêt *Dunsmuir* a cherché à enterrer. Ses héritiers spirituels devraient recevoir le même traitement.

[192] Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

[193] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je suis d'accord avec ma collègue la juge Abella quant au fond et quant au résultat. J'écris toutefois les présents motifs parce que je ne peux pas accepter son point de vue quant à la norme de contrôle. Il y a une présomption que les décisions du tribunal spécialisé dont il est question en l'espèce sont assujetties à la norme de la décision raisonnable. Cela dit, je suis d'accord avec le juge Rothstein pour dire que la question de droit en litige, qui consiste à se demander si les copies accessoires de diffusion mettent en jeu le droit de reproduction, doit être revue suivant la norme de la décision correcte, aux termes de notre décision dans *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 10-20. Puisque la présomption n'a été renversée à aucun autre égard, la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique au reste de la décision sur la licence légale ainsi qu'à la décision sur la licence provisoire : dossiers de la Commission du droit d'auteur n^{os} 70.2-2008-01, 70.2-2008-02, 2 novembre 2012 (en ligne), et dossier n^o 70.2-2012-01, 16 janvier 2013 (en ligne), respectivement.

[194] Cela dit, je ne souscris pas à l'approche générale adoptée par mon collègue le juge Rothstein pour analyser la norme de contrôle. Je redoute une méthode qui examine chaque élément contesté d'une décision d'un tribunal individuellement et qui lui attribue une norme de contrôle spécifique. La jurisprudence de la Cour permet d'isoler exceptionnellement

particular question of law on an exceptional basis; it does not *require* a separate standard of review analysis for each issue. I worry that an issue-by-issue approach, within each decision, will add to the submissions and analysis required to establish the standard of review in each case. It unnecessarily complicates an already overwrought area of the law.

[195] I would allow the appeal.

APPENDIX

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42 (version in effect at the relevant time)

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

(d) in the case of a literary, dramatic or musical work, to make any sound recording, cinematograph film or other contrivance by means of which the work may be mechanically reproduced or performed,

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

and to authorize any such acts.

30.8 (1) It is not an infringement of copyright for a programming undertaking to fix or reproduce in accordance with this section a performer’s performance or work, other than a cinematographic work, that is performed live or a sound recording that is performed at the same time as the performer’s performance or work, if the undertaking

une question de droit en particulier; elle n’*exige* pas de procéder à une analyse distincte de la norme de contrôle pour chaque question. Je crains qu’une approche qui se penche sur les questions une à la fois, n’ajoute aux observations et à l’analyse requises pour établir la norme de contrôle dans chaque cas. Cela complique inutilement un domaine du droit déjà tarabiscoté.

[195] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

ANNEXE

Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. 1985, c. C-42 (version en vigueur au moment pertinent)

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

d) s’il s’agit d’une œuvre littéraire, dramatique ou musicale, d’en faire un enregistrement sonore, film cinématographique ou autre support, à l’aide desquels l’œuvre peut être reproduite, représentée ou exécutée mécaniquement;

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

30.8 (1) Ne constitue pas une violation du droit d’auteur le fait, pour une entreprise de programmation de fixer ou de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, une œuvre — sauf une œuvre cinématographique — ou une prestation d’une telle œuvre exécutée en direct, ou un enregistrement sonore exécuté en même temps que cette œuvre ou cette prestation, pourvu que :

- (a) is authorized to communicate the performer's performance, work or sound recording to the public by telecommunication;
- (b) makes the fixation or the reproduction itself, for its own broadcasts;
- (c) does not synchronize the fixation or reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and
- (d) does not cause the fixation or reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.
- (2) The programming undertaking must record the dates of the making and destruction of all fixations and reproductions and any other prescribed information about the fixation or reproduction, and keep the record current.
- (3) The programming undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the works, sound recordings or performer's performances, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.
- (4) The programming undertaking must destroy the fixation or reproduction within thirty days after making it, unless
- (a) the copyright owner authorizes its retention; or
- (b) it is deposited in an archive, in accordance with subsection (6).
- (5) Where the copyright owner authorizes the fixation or reproduction to be retained after the thirty days, the programming undertaking must pay any applicable royalty.
- (6) Where the programming undertaking considers a fixation or reproduction to be of an exceptional documentary character, the undertaking may, with the consent of an official archive, deposit it in the official archive and must notify the copyright owner, within thirty days, of the deposit of the fixation or reproduction.
- (7) In subsection (6), "official archive" means the Library and Archives of Canada or any archive established under the law of a province for the preservation of the official archives of the province.
- a) l'entreprise ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;
- b) elle réalise la fixation ou la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;
- c) la fixation ou la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;
- d) la fixation ou la reproduction ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.
- (2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la fixation ou de la reproduction et, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la fixation ou la reproduction.
- (3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.
- (4) Elle est tenue de détruire la fixation ou la reproduction dans les trente jours de sa réalisation, sauf si elle reçoit l'autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur ou si elle a fait le dépôt visé au paragraphe (6).
- (5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la fixation ou la reproduction au-delà du délai de trente jours, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.
- (6) Si elle estime que la fixation ou la reproduction réalisée dans les conditions visées au paragraphe (1) présente un caractère documentaire exceptionnel, l'entreprise peut, avec le consentement des archives officielles, la déposer auprès de celles-ci. Le cas échéant, elle avise le titulaire du droit d'auteur du dépôt dans les trente jours qui suivent.
- (7) Au paragraphe (6), « archives officielles » s'entend de Bibliothèque et Archives du Canada et des établissements qui sont constitués en vertu d'une loi provinciale pour la conservation des archives officielles de la province.

(8) This section does not apply where a licence is available from a collective society to make the fixation or reproduction of the performer's performance, work or sound recording.

(9) A broadcasting undertaking, as defined in the *Broadcasting Act*, may make a single reproduction of a fixation or reproduction made by a programming undertaking and communicate it to the public by telecommunication, within the period referred to in subsection (4), if the broadcasting undertaking meets the conditions set out in subsection (1) and is part of a prescribed network that includes the programming undertaking.

(10) The reproduction and communication to the public by telecommunication must be made

- (a) in accordance with subsections (2) to (6); and
- (b) within thirty days after the day on which the programming undertaking made the fixation or reproduction.

(11) In this section, "programming undertaking" means

- (a) a programming undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*;
- (b) a programming undertaking described in paragraph (a) that originates programs within a network, as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*; or
- (c) a distribution undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act*, in respect of the programs that it originates.

The undertaking must hold a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under the *Broadcasting Act*.

30.9 (1) It is not an infringement of copyright for a broadcasting undertaking to reproduce in accordance with this section a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, solely for the purpose of transferring it to a format appropriate for broadcasting, if the undertaking

- (a) owns the copy of the sound recording, performer's performance or work and that copy is authorized by the owner of the copyright;

(8) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(9) Pendant la période visée au paragraphe (4), une entreprise de radiodiffusion au sens de la *Loi sur la radiodiffusion* peut, si elle fait partie d'un réseau désigné par règlement dont fait aussi partie l'entreprise de programmation et pourvu qu'elle remplisse les conditions visées au paragraphe (1), faire une seule reproduction de cette fixation ou reproduction et la communiquer au public par télécommunication.

(10) Le cas échéant, les paragraphes (2) à (6) s'appliquent, les délais en cause étant calculés à compter de la date de la réalisation de la fixation ou reproduction par l'entreprise de programmation.

(11) Pour l'application du présent article, « entreprise de programmation » s'entend, selon le cas :

- a) au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*;
- b) d'une telle entreprise qui produit des émissions dans le cadre d'un réseau au sens de cette loi;
- c) d'une entreprise de distribution, au sens de la même loi, pour les émissions qu'elle produit elle-même.

Dans tous les cas, elle doit être titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée, en vertu toujours de la même loi, par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

30.9 (1) Ne constitue pas une violation du droit d'auteur le fait pour une entreprise de radiodiffusion de reproduire, en conformité avec les autres dispositions du présent article, un enregistrement sonore ou une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore aux seules fins de les transposer sur un support en vue de leur radiodiffusion, pourvu que :

- a) elle en est le propriétaire et qu'il s'agisse d'exemplaires autorisés par le titulaire du droit d'auteur;

(b) is authorized to communicate the sound recording, performer's performance or work to the public by telecommunication;

(c) makes the reproduction itself, for its own broadcasts;

(d) does not synchronize the reproduction with all or part of another recording, performer's performance or work; and

(e) does not cause the reproduction to be used in an advertisement intended to sell or promote, as the case may be, a product, service, cause or institution.

(2) The broadcasting undertaking must record the dates of the making and destruction of all reproductions and any other prescribed information about the reproduction, and keep the record current.

(3) The broadcasting undertaking must make the record referred to in subsection (2) available to owners of copyright in the sound recordings, performer's performances or works, or their representatives, within twenty-four hours after receiving a request.

(4) The broadcasting undertaking must destroy the reproduction when it no longer possesses the sound recording or performer's performance or work embodied in the sound recording, or at the latest within thirty days after making the reproduction, unless the copyright owner authorizes the reproduction to be retained.

(5) If the copyright owner authorizes the reproduction to be retained, the broadcasting undertaking must pay any applicable royalty.

(6) This section does not apply if a licence is available from a collective society to reproduce the sound recording, performer's performance or work.

(7) In this section, "broadcasting undertaking" means a broadcasting undertaking as defined in subsection 2(1) of the *Broadcasting Act* that holds a broadcasting licence issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission under that Act.

66.51 The Board may, on application, make an interim decision.

b) elle ait le droit de les communiquer au public par télécommunication;

c) elle réalise la reproduction par ses propres moyens et pour sa propre diffusion;

d) la reproduction ne soit pas synchronisée avec tout ou partie d'une autre œuvre ou prestation ou d'un autre enregistrement sonore;

e) elle ne soit pas utilisée dans une annonce qui vise à vendre ou promouvoir, selon le cas, un produit, une cause, un service ou une institution.

(2) L'entreprise doit inscrire, dans un registre qu'elle tient à jour, la date de la reproduction ainsi que, le cas échéant, celle de la destruction, ainsi que tout autre renseignement visé par règlement concernant la reproduction.

(3) Elle met ce registre à la disposition du titulaire du droit d'auteur ou de son représentant pour inspection dans les vingt-quatre heures qui suivent la réception d'une demande à cet effet.

(4) Elle est tenue — sauf autorisation à l'effet contraire du titulaire du droit d'auteur — de détruire la reproduction dans les trente jours de sa réalisation ou, si elle est antérieure, soit à la date où l'enregistrement sonore ou la prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore n'est plus en sa possession.

(5) Lorsque le titulaire du droit d'auteur l'autorise à garder la reproduction, elle doit verser les redevances afférentes, le cas échéant.

(6) Le présent article ne s'applique pas dans les cas où l'entreprise peut obtenir, par l'intermédiaire d'une société de gestion, une licence l'autorisant à faire une telle fixation ou reproduction.

(7) Pour l'application du présent article, « entreprise de radiodiffusion » s'entend d'une entreprise de radiodiffusion, au sens de la *Loi sur la radiodiffusion*, qui est titulaire d'une licence de radiodiffusion délivrée par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes en vertu de cette loi.

66.51 La Commission peut, sur demande, rendre des décisions provisoires.

66.6 (1) The Board may, with the approval of the Governor in Council, make regulations governing

(a) the practice and procedure in respect of the Board's hearings, including the number of members of the Board that constitutes a quorum;

70.2 (1) Where a collective society and any person not otherwise authorized to do an act mentioned in section 3, 15, 18 or 21, as the case may be, in respect of the works, sound recordings or communication signals included in the collective society's repertoire are unable to agree on the royalties to be paid for the right to do the act or on their related terms and conditions, either of them or a representative of either may, after giving notice to the other, apply to the Board to fix the royalties and their related terms and conditions.

(2) The Board may fix the royalties and their related terms and conditions in respect of a licence during such period of not less than one year as the Board may specify and, as soon as practicable after rendering its decision, the Board shall send a copy thereof, together with the reasons therefor, to the collective society and the person concerned or that person's representative.

Appeal allowed with costs, ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the respondents: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Solicitors for the interveners the Centre for Intellectual Property Policy and Ariel Katz: Macera & Jarzyna, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic: University of Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian Musical Reproduction Rights Agency Ltd., the Canadian Music Publishers Association and the International Confederation of Music Publishers: Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

66.6 (1) La Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, prendre des règlements régissant :

a) la pratique et la procédure des audiences, ainsi que le quorum;

70.2 (1) À défaut d'une entente sur les redevances, ou les modalités afférentes, relatives à une licence autorisant l'intéressé à accomplir tel des actes mentionnés aux articles 3, 15, 18 ou 21, selon le cas, la société de gestion ou l'intéressé, ou leurs représentants, peuvent, après en avoir avisé l'autre partie, demander à la Commission de fixer ces redevances ou modalités.

(2) La Commission peut, selon les modalités, mais pour une période minimale d'un an, qu'elle arrête, fixer les redevances et les modalités afférentes relatives à la licence. Dès que possible après la fixation, elle en communique un double, accompagné des motifs de sa décision, à la société de gestion et à l'intéressé, ou au représentant de celui-ci.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidentes.

Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs des intimées : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Procureurs des intervenants le Centre des politiques en propriété intellectuelle et Ariel Katz : Macera & Jarzyna, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko : Université d'Ottawa, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux liée, l'Association canadienne des éditeurs de musique et la Confédération internationale des éditeurs de musique : Cassels Brock & Blackwell, Toronto.

Solicitors for the interveners Music Canada, the International Federation of the Phonographic Industry, the Canadian Council of Music Industry Associations, the Canadian Independent Music Association and Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs des intervenants Music Canada, la Fédération internationale de l'industrie phonographique, le Conseil canadien des associations de l'industrie musicale, l'Association canadienne de la musique indépendante et l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo : McCarthy Tétrault, Toronto.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20131120

Docket: A-530-12

Citation: 2013 FCA 270

2013 FCA 270 (CanLII)

CORAM: SHARLOW J.A.
WEBB J.A.
NEAR J.A.

BETWEEN:

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY AND
WILKINSON STEEL AND METALS INC.

Respondents

Heard at Ottawa, Ontario, on November 13, 2013.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on November 20, 2013.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

SHARLOW J.A.

CONCURRED IN BY:

WEBB J.A.
NEAR J.A.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20131120

Docket: A-530-12

Citation: 2013 FCA 270

2013 FCA 270 (CanLII)

CORAM: SHARLOW J.A.
 WEBB J.A.
 NEAR J.A.

BETWEEN:

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY AND
 WILKINSON STEEL AND METALS INC.

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

SHARLOW J.A.

[1] Canadian National Railway Company (CN) is appealing with leave the decision of the Canadian Transportation Agency dated July 17, 2012 (Decision No. 285-R-2012). In that decision, the Agency granted a remedy to the respondent Wilkinson Steel and Metals Inc. for what the Agency found to be CN's failure to fulfil its statutory service obligations to Wilkinson. For the following reasons, I would allow the appeal and refer this matter back to the Agency for reconsideration.

Preliminary matter

[2] Wilkinson was properly named as a respondent in this appeal and filed a notice of appearance and a memorandum of fact and law. However, shortly before the hearing of the appeal, Wilkinson withdrew from participation in the appeal, leaving no one to defend the merits of the Agency's decision. The only participating respondent is the Agency itself, which filed a memorandum of fact and law addressing its statutory jurisdiction and the standard of review.

Standard of review

[3] Generally, this Court reviews the Agency's decisions, including its interpretation of the governing statute, the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, on the standard of reasonableness (*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650).

[4] In applying the reasonableness standard of review, the Court is guided by paragraph 47 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, which reads as follows:

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.

[5] CN argues that the standard of review in this case should be correctness because CN is challenging the Agency's decision with respect to "jurisdiction limiting issues". I do not accept that

characterization of the issues in this appeal. In substance, CN is challenging the Agency's interpretation of the statutory provisions defining its mandate.

Factual background

[6] There is an industrial park in Saskatoon serviced by a CN railway line running north-south. That railway line is connected to the lots within the industrial park by a series of short railway lines running east-west through the park. One of those short lines, which the parties have referred to as a "spur", is the subject of this case. It was built by CN in 1960 pursuant to an agreement between CN and the City of Saskatoon, on land then owned by the City.

[7] Pursuant to the 1960 agreement, the City granted CN a right of way over the strip of land on which the spur was located for a term of 20 years, with the right of renewal for a further period of 20 years "if the then circumstances and conditions of use of the Industrial Area for industrial purposes so justify". The agreement between CN and the City was renewed in 1980. In 2000, it became an agreement that would continue from year to year until terminated by either party on six months notice.

[8] In 1961, the City sold to Federated Co-Operatives Limited some property within the industrial park, including lots 25, 26, 27 and 28 which are located side by side and adjacent to the spur right of way, on its south side. At that time Federated also owned 4 lots (lots 1, 2, 3 and 4) located side by side and adjacent to the spur right of way on its north side, directly across from lots 25, 26, 27 and 28.

[9] It is not clear whether Federated owned lots 1, 2, 3 and 4 before 1961 or whether it acquired them in 1961 with lots 25, 26, 27 and 28, but nothing turns on that. What is important is that in the 1961 transaction, the land the City sold to Federated included 600 feet of the east-west strip of land between lots 25, 26, 27 and 28 to the south and lots 1, 2, 3 and 4 to the north. That is part of the land over which the City had granted CN a right of way in the 1960 agreement. After 1961, therefore, 600 feet of the spur was located on land owned by Federated, not the City.

[10] I digress at this point to discuss a matter of nomenclature. The parties and the Agency sometimes refer to the entire east-west railway line in issue in this case as a “spur” (which simply means a short rail line branching from a more important rail line). However, CN sometimes refers to the 600 feet of railway line on the property sold to Federated as a “private siding” of Federated. In these reasons I refer to that 600 feet of railway line as a “spur”, to differentiate it from the Wilkinson private siding described later in these reasons.

[11] In 1965, Wilkinson acquired lots 22, 23 and 24 of the industrial park. Those lots are located side by side, adjacent to the spur right of way along its southern side. The eastern boundary of Federated’s lot 25 is adjacent to the western boundary of Wilkinson’s lot 24. Wilkinson has operated a manufacturing facility on its property in the industrial park since 1965.

[12] On April 27, 1965, Wilkinson entered into a private siding agreement under which CN agreed to provide rail service to Wilkinson on a private siding constructed on Wilkinson’s property and at Wilkinson’s expense, which would be connected to the spur. From that date and for a period

of approximately 45 years, CN provided Wilkinson with inbound freight service via the spur and the Wilkinson private siding.

[13] The initial location of the Wilkinson private siding was the result of negotiations (or, as the Agency characterized it, a collaboration) between CN and Wilkinson. Because of the orientation of the Wilkinson private siding as finally constructed, it could be accessed only by a train moving from west to east along the spur. It was necessary for CN to move a train along the spur onto Federated property so that the train could enter the Wilkinson private siding from the west.

[14] In 2001, CN and Wilkinson entered into an agreement under which the Wilkinson private siding was relocated at Wilkinson's expense. However, the new location of the Wilkinson private siding still required CN to access the portion of the spur that was west of Wilkinson's property.

[15] In 2010, Federated informed CN that the portion of the spur located on its property had to be removed for the purpose of an expansion of its warehouse. It is undisputed that this made it impossible for CN to continue to service Wilkinson as it had been doing.

[16] On June 24, 2011, CN informed Wilkinson that Federated would be removing the portion of the spur that was on its property. CN suggested at that time that Wilkinson could either build a new private siding from the east (which could include a costly crossing protection and redesign of part of Wilkinson's plant), or transship its product from another location. CN later proposed two further options. One was that Wilkinson could unload freight from the spur directly, as it was the only user.

Alternatively, Wilkinson could construct a new private siding connected to the spur in a different location east of Wilkinson's property.

[17] None of the options proposed by CN was acceptable to Wilkinson because they all involved significant costs to be incurred by Wilkinson. It was Wilkinson's position that, because CN had the legal obligation to provide Wilkinson with rail service, CN alone should bear the cost of the solution to the problem caused by the actions of Federated.

[18] No agreement was reached by CN and Wilkinson to resolve the dispute. That led Wilkinson to submit a complaint to the Agency that CN had discontinued its rail service to Wilkinson contrary to its statutory service obligations.

Statutory framework and relevant jurisprudence

[19] Sections 113 to 115 of the *Canada Transportation Act* describe a railway company's service obligations. They read in relevant part 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 accommodation for the receiving and loading of all traffic offered for carriage on the railway;

(b) furnish adequate and suitable accommodation for the carriage,

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 le chargement des marchandises à transporter par chemin de fer;

b) fournit les installations convenables pour le transport, le déchargement et la

| | |
|--|--|
| <p>unloading and delivering of the traffic;</p> <p>(c) without delay, and with due care and diligence, receive, carry and deliver the traffic;</p> <p>(d) furnish and use all proper appliances, accommodation and means necessary for receiving, loading, carrying, unloading and delivering the traffic; and</p> <p>(e) furnish any other service incidental to transportation that is customary or usual in connection with the business of a railway company.</p> <p>(2) Traffic must be taken, carried to and from, and delivered at the points referred to in paragraph (1)(a) on the payment of the lawfully payable rate.</p> <p>(3) Where a shipper provides rolling stock for the carriage by the railway company of the shipper's traffic, the company shall, at the request of the shipper, establish specific reasonable compensation to the shipper in a tariff for the provision of the rolling stock.</p> <p>(4) A shipper and a railway company may, by means of a confidential contract or other written agreement, agree on the manner in which the obligations under this section are to be fulfilled by the company.</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>115. For the purposes of subsection 113(1) or 114(1), adequate and suitable accommodation includes reasonable facilities</p> <p>(a) for the junction of private sidings or private spurs with a railway owned or operated by a company referred to in</p> | <p>livraison des marchandises;</p> <p>c) reçoit, transporte et livre ces marchandises sans délai et avec le soin et la diligence voulus;</p> <p>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;</p> <p>e) fournit les autres services normalement liés à l'exploitation d'un service de transport par une compagnie de chemin de fer.</p> <p>(2) Les marchandises sont reçues, transportées et livrées aux points visés à l'alinéa (1)a) sur paiement du prix licitement exigible pour ces services.</p> <p>(3) Dans les cas où l'expéditeur fournit du matériel roulant pour le transport des marchandises par la compagnie, celle-ci prévoit dans un tarif, sur demande de l'expéditeur, une compensation spécifique raisonnable en faveur de celui-ci pour la fourniture de ce matériel.</p> <p>(4) Un expéditeur et une compagnie peuvent s'entendre, par contrat confidentiel ou autre accord écrit, sur les moyens à prendre par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>115. Pour l'application des paragraphes 113(1) ou 114(1), des installations convenables comprennent des installations :</p> <p>a) pour le raccordement de voies latérales ou d'épis privés avec un chemin de fer possédé ou exploité par</p> |
|--|--|

that subsection; and

(b) for receiving, carrying and delivering traffic on and from private sidings or private spurs and placing cars and moving them on and from those private sidings or private spurs.

une compagnie visée à ces paragraphes;

b) pour la réception, le transport et la livraison de marchandises sur des voies latérales ou épis privés, ou en provenance de ceux-ci, ainsi que le placement de wagons et leur traction dans un sens ou dans un autre sur ces voies ou épis.

[20] The statutory authority of the Agency to deal with service complaints is found in section 116 of the Act, which reads in relevant part as follows:

116. (1) On receipt of a complaint made by any person that a railway company is not fulfilling any of its service obligations, the Agency shall

(a) conduct, as expeditiously as possible, an investigation of the complaint that, in its opinion, is warranted; and

(b) within one hundred and twenty days after receipt of the complaint, determine whether the company is fulfilling that obligation.

...

(4) If the Agency determines that a company is not fulfilling any of its service obligations, the Agency may

(a) order that

(i) specific works be constructed or carried out,

(ii) property be acquired,

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 cent vingt jours suivant la réception de la plainte, si la compagnie s'acquitte de ses obligations.

[...]

(4) L'Office, ayant décidé qu'une compagnie ne s'acquitte pas de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114, peut :

a) ordonner la prise de l'une ou l'autre des mesures suivantes :

(i) la construction ou l'exécution d'ouvrages spécifiques,

(ii) l'acquisition de biens,

- | | |
|---|--|
| <p>(iii) cars, motive power or other equipment be allotted, distributed, used or moved as specified by the Agency, or</p> <p>(iv) any specified steps, systems or methods be taken or followed by the company;</p> <p>(b) specify in the order the maximum charges that may be made by the company in respect of the matter so ordered;</p> <p>(c) order the company to fulfil that obligation in any manner and within any time or during any period that the Agency deems expedient, having regard to all proper interests, and specify the particulars of the obligation to be fulfilled....</p> | <p>(iii) l'attribution, la distribution, l'usage ou le déplacement de wagons, de moteurs ou d'autre matériel selon ses instructions,</p> <p>(iv) la prise de mesures ou l'application de systèmes ou de méthodes par la compagnie;</p> <p>b) préciser le prix maximal que la compagnie peut exiger pour mettre en oeuvre les mesures qu'il impose;</p> <p>c) ordonner à la compagnie de remplir ses obligations selon les modalités de forme et de temps qu'il estime indiquées, eu égard aux intérêts légitimes, et préciser les détails de l'obligation à respecter [...].</p> |
|---|--|

[21] The leading case on the service obligations of a railway company is *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271. That case is authority for the general proposition that a railway company's service obligations are no more than what is reasonable in the circumstances, and that the customer has a correlative obligation that must be taken into account. The key passages from *Patchett* are reproduced below (my emphasis):

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 except the special responsibility, of historical origin, as an insurer of goods; 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; its financial necessities are of the first order of concern and play an essential part in its operation, bound up, as they

are, with its obligation to give transportation for reasonable charges. Individuals have placed their capital at the risk of the operations; they cannot be compelled to bankrupt themselves by doing more than what they have embraced within their public profession, 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. (Page 274-5)

[...]

To the duty of the railway to furnish services there is a correlative obligation on the customer to furnish reasonable means of access to his premises. (Page 277)

[22] The issue in *Patchett* was whether a railway company was in breach of its obligations to a customer whose access to the main railway line was by means of a private siding on the customer's property. A union picket line had been placed on the customer's property near the switch on the main railway line that was used to give the train access to the private siding. The pickets were not on the property of the railway company. The picket line was illegal because it involved a labour dispute to which the customer was not a party. Nevertheless, while the picket line was in place, the railway company's employees refused to pull cars onto the private siding, or accept or sign bills of lading. The Court held that in the circumstances, only the customer was in a position to take legal action to have the pickets removed because they were trespassing on the customer's property. Having failed to take that action, the customer failed in its obligation to furnish a reasonable means of access to its property, and consequently the railway company was held not to have breached its service obligation to the customer.

[23] Before the Agency, CN primarily relied upon *Decision No. 668-R-1999 (December 10, 1999 – R.D. Koeneman Lumber)*. In that case, the Agency concluded that a railway company has no statutory obligation to provide service to a property to which it had no lawful access. The property

in issue in that case was not connected directly to a railway line, and the only possible access was through property owned by a third party over which the railway company had no right of way.

The decision under appeal

[24] CN's essential position before the Agency was that Wilkinson's complaint should have been dismissed for the same reason that the complaint in *Koeneman Lumber* (cited above) was dismissed. CN argued that once Federated removed the portion of the spur line that was on its property, it was impossible for CN to continue to access Wilkinson's private siding because the only means of access was through property belonging to a third party.

[25] The Agency distinguished *Koeneman Lumber* on the basis that in this case, CN was best placed to avoid the impossibility, because it could have disclosed to Wilkinson, in 1965 or in 2001, that CN's access to the spur line west of Wilkinson's property could be lost because of the lawful acts of Federated.

[26] The Agency found the complaint of Wilkinson to be well founded. Its analysis appears in paragraphs 40 to 44 of its reasons, which read as follows:

[40] In the operation of a railway company, there is information related to the management, handling, and movement of traffic that is not shared with related parties due to the commercial or irrelevant nature of the information; this is well within normal business practices. In this case, however, the Agency finds that the information related to the sale of the right of way from the City to Federated and CN's requirement to access Federated's private siding to provide rail service to Wilkinson, which was not shared with Wilkinson, is directly material to the operability of Wilkinson's private siding and its ability to receive rail shipments.

[41] According to *Patchett*, the railway company has a duty to provide service, but that duty is not absolute, it is tempered with the concept of reasonableness and should take into consideration the circumstances. The customer also has a duty to

provide reasonable means to access its premises. However, Wilkinson's duty is not an issue; the Agency is of the opinion that Wilkinson met its duty by constructing its private siding such that it connects with CN's track. In this case, CN's ability to provide Wilkinson with service is affected by the removal of Federated's private siding. Wilkinson, however, could not ensure the continuity of access to its facilities given its dependence on CN's access to Federated's private siding. It is only with this information that Wilkinson could have reasonably resolved or avoided the current situation.

[42] The Agency is of the opinion that the design, approval and construction of Wilkinson's private siding and switch in 1965 and the relocation of a section of the private siding in 2001 were done collaboratively between Wilkinson and CN. Therefore, CN had an opportunity on both of these occasions to communicate the information related to Wilkinson. On both of those occasions, Wilkinson could have used the information to locate its private siding so that CN would not need to access a third party's property in order to provide Wilkinson with rail service. Wilkinson assumed the cost of the construction in 2001 and CN sold it the required materials, replacing the previous Agreement in which CN had leased the siding materials for an annual fee.

[43] As in *Patchett*, the actions of a third party affect the railway company's ability to provide service. The SCC found that because it was in Patchett's power to remove the trespassers (and not the responsibility of the railway company), the railway company did not breach its level of service obligations. In the current case, however, it is CN that had the power to ameliorate the situation. While it is not reasonable to hold CN accountable for Federated's decision to remove its siding, it is reasonable for CN to have shared the information with Wilkinson in 1965 and 2001 when they worked collaboratively to construct Wilkinson's private siding.

[44] The Agency finds that the fact that CN is now unable to provide rail service to Wilkinson at the junction of its track with Wilkinson's private siding, as it has done for 46 years, constitutes a breach of its level of service obligations. While CN's inability to serve Wilkinson at the junction of CN's track and Wilkinson's private siding results from the actions of a third party, Wilkinson may have been better able to anticipate and plan for Federated's decision to remove its siding had CN informed Wilkinson of the transfer of ownership from the City to Federated. Wilkinson and CN could have worked to better identify solutions that could have prevented the interruption of the rail service, through, for example, a reconfiguration of its private siding.

[27] The Agency ordered the following remedy:

- For a period not exceeding two years from the date of this Decision, CN shall authorize Wilkinson to use the transloading facilities located in Saskatoon and CN shall pay any incremental costs associated with the transloading.
- During this two-year period, Wilkinson may choose to relocate its private siding such that CN can provide a junction from Wilkinson's private siding to CN's track.
- Should Wilkinson choose this option, the Agency, pursuant to paragraph 28(1)(b) of the CTA, orders CN to provide adequate and suitable accommodation for the receiving, loading, carrying, unloading, and delivery of traffic at Wilkinson's Saskatoon facility.

Discussion

(1) Nature of the complaint

[28] CN argues that Wilkinson's complaint is a private dispute engaging only the laws of contract or tort, and therefore it is a matter of property and civil rights within provincial jurisdiction, and outside the jurisdiction of the Agency. In my view, this ground of appeal essentially is a challenge to the Agency's interpretation of the subject matter of Wilkinson's complaint.

[29] It is for the Agency to determine whether a complaint is about service obligations or something else. In this case, the Agency understood Wilkinson's complaint as relating to CN's service obligations. In my view it was reasonably open to the Agency to view the complaint as it did. Even if Wilkinson has a private cause of action against CN under the applicable provincial law, it may also have a service complaint that warrants the attention of the Agency.

(2) Impossible access

[30] CN argues that a railway company's only statutory service obligation with respect to private sidings is found in section 115 (quoted above). According to CN, a railway company's statutory

obligation with respect to private sidings is limited to providing reasonable facilities for connecting a private siding to the railway company's own line (paragraph 115(a)), and for receiving, carrying and delivering traffic on and from the private siding, and placing cars and moving them on and from the private siding (paragraph 115(b)). It is axiomatic, according to CN, that if a private siding is located in a place that makes access by the railway company impossible, the railway company cannot be held to be in breach of its service obligations, and the Wilkinson complaint should have been dismissed for that reason alone.

[31] Section 115 says that "adequate and suitable accommodation" with respect to private sidings includes the provision of the reasonable facilities as described. The use of the word "includes" in a statute immediately before a list generally indicates that the list is not intended to be exhaustive. The decision of the Agency, while not explicit on this point, is consistent with an interpretation of section 115 that recognizes that a railway company's service obligations in relation to private sidings is not necessarily limited to what is described in paragraphs 115(a) and (b). In my view, the Agency's implicit interpretation of section 115 is reasonable.

(3) Information about CN's access to Federated property

[32] It must have been apparent to both CN and Wilkinson in 1965 when the Wilkinson private siding was built, and in 2001 when it was moved, that CN's access to the Wilkinson private siding depended critically on CN having and maintaining a legal right to use the portion of the spur that was west of Wilkinson's property. There can be no doubt of that, given the evidence in the record.

[33] It is equally obvious that any reasonable railway company faced with a request from a customer, in this case Wilkinson, for service via a private siding would inform itself about its legal right to access a spur on property it does not own. The Agency found that this information was “directly material to the operability of Wilkinson’s private siding and its ability to receive rail shipments”. CN does not dispute that finding.

[34] The Agency went on to conclude that CN breached its statutory service obligation by failing to inform Wilkinson in 1965 and 2001 that CN’s access to the portion of the spur located on Federated’s property could be lost if, as in fact happened, Federated decided to remove the track located on its property.

[35] In my view, once the Agency found as a fact that the access problem was caused by the unfortunate location of the Wilkinson private siding, which in turn was caused by a lack of information in 1965 and 2001, the Agency should have considered whether Wilkinson ought reasonably to have informed itself in 1965 or 2001 as to the legal basis of CN’s access to the spur west of the Wilkinson property. The answer to that question is critical to the correct application of *Patchett* which, as explained above, has two aspects, the second being the correlative obligation of the customer of a railway company to provide reasonable access to its private siding. In my view, the failure of the Agency to consider that second aspect of *Patchett* was an error of law.

[36] Because the Agency did not consider the second *Patchett* question at all, it did not consider whether the record is sufficient to determine whether Wilkinson fulfilled that duty, or could reasonably have done so at the relevant times given the information then available to it, either from

CN or from publicly available records. I am not inclined to attempt to answer those questions in the absence of the considered opinion of the Agency.

[37] I note as well that, if the Agency had considered the second *Patchett* question in light of the record before it, it would have found a paucity of evidence to inform the answer. The evidentiary gaps fall into at least five categories:

- (a) There is no evidence as to whether the 1960 agreement between CN and the City, or any of its renewals, were treated by CN and the City as confidential when they were entered into, or at any subsequent time. Nor is there evidence as to whether, in 1960, the existence of the right of way for the spur was or could have been registered against title to land within the industrial park, or whether it could have otherwise been made known to the public. For that reason, it is not possible to determine from the record whether a third party, such as Wilkinson, could have discovered that information in 1965 by any means except asking CN or the City to produce it.
- (b) It is reasonable to infer that both parties must have known or had the means of knowing whether Wilkinson could, by searching publicly available records, have discovered the existence and terms of the right of way granted to CN in 1960, but neither party presented evidence on that point.
- (c) There is no evidence as to whether CN informed Wilkinson in 1965 or in 2001 as to the terms of the 1960 right of way, and if not, why not. On the other hand, there is no

evidence as to whether Wilkinson asked CN for that information in 1965 or in 2001, and if not, why not.

- (d) There is no evidence as to whether any contractual arrangements were made between CN and Federated, or would have been required, to give CN the legal right after 1961 and again after 2001 to continue to use the portion of the spur that was located on the property of Federated. In fact, CN did continue to use that portion of the spur until 2010, but it is not clear whether that was because it had the legal right to do so, because Federated consented, or because Federated acquiesced. CN adduced no evidence as to why it was able to access the spur until 2010. On the other hand, Wilkinson also should have known of its interest in understanding CN's legal right in 1965 and 2001 to access that portion of the spur, but there is no evidence as to whether Wilkinson ever asked CN or Federated to provide that information, and if not, why not.
- (e) CN argued that Wilkinson should have known that the spur was located on Federated's property because there was a locked gate across the spur at the eastern border of Federated's property. However, there is no evidence as to when the gate was built, and so its existence is not capable of supporting an inference as to what Wilkinson should have known in 1965 or 2001.

(4) Remedy

[38] CN also argues that the remedy granted by CN exceeds its statutory jurisdiction because it is not, in CN's words, "a railway solution". CN's position is that even if CN was in breach of its

service obligations by failing to provide service to Wilkinson, it is beyond the statutory authority of the Agency to order a remedy that involves CN paying any costs associated with the transportation of freight by truck, even for a short distance and for a short period of time, because the regulation of the trucking and transshipment industries are outside the statutory authority of the Agency.

[39] I observe that the Agency's remedial powers are broad and highly discretionary. They are described in subsection 116(4) (quoted above). Paragraph 116(4)(c) in particular is worth noting. It reads as follows (my emphasis):

116. (4) If the Agency determines that a company is not fulfilling any of its service obligations, the Agency may

...

(c) order the company to fulfil that obligation in any manner and within any time or during any period that the Agency deems expedient, having regard to all proper interests, and specify the particulars of the obligation to be fulfilled....

116. (4) L'Office, ayant décidé qu'une compagnie ne s'acquitte pas de ses obligations prévues par les articles 113 ou 114, peut :

[...]

c) ordonner à la compagnie de remplir ses obligations selon les modalités de forme et de temps qu'il estime indiquées, eu égard aux intérêts légitimes, et préciser les détails de l'obligation à respecter [...].

[40] I have significant doubt that the Agency, in ordering the remedy it did, was regulating the trucking or transshipment industries, or purporting to do so. However, given my conclusions on the other grounds of appeal, I do not consider it necessary to reach a conclusion on this point. In any event, I would hesitate to do so without the benefit of the Agency's considered opinion after receiving legal submissions from the parties as to the scope of paragraph 116(4)(c).

Conclusion

[41] CN has submitted that the Court should direct the Agency to dismiss the Wilkinson complaint. In my view such a direction would not be appropriate in this case. As stated above, it is for the Agency and not this Court to determine whether the record as it now stands is sufficient to determine whether Wilkinson should bear some responsibility for its lack of knowledge. It is also for the Agency to determine whether the parties should be permitted to provide additional evidence, if they wish to do so.

[42] CN has also asked for its costs of this appeal. Although the successful party in an appeal is usually entitled to its costs, in this case I would not make such an award in CN's favour. This matter remains unresolved, in large part because of the paucity of evidence. That is due at least in part to the litigation strategy adopted by CN.

[43] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the Agency, and refer this matter back to the Agency for reconsideration in accordance with these reasons.

"K. Sharlow"

J.A.

"I agree
Wyman W. Webb J.A."

"I agree
D. G. Near J.A."

FEDERAL COURT OF APPEAL**NAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD**

DOCKET: A-530-12

(APPEAL FROM DECISION NO. 285-R-2012 OF THE CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY DATED JULY 17, 2012 (FILE NUMBER T7375-3/11-2))

DOCKET: A-530-12

STYLE OF CAUSE: CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v. CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY AND WILKINSON STEEL AND METALS INC.

PLACE OF HEARING: OTTAWA, ONTARIO

DATE OF HEARING: NOVEMBER 13, 2013

REASONS FOR JUDGMENT BY: SHARLOW J.A.

CONCURRED IN BY: (WEBB, NEAR J.J.A.)

DATED: NOVEMBER 20, 2013

APPEARANCES:

NADIA EFFENDI
ERIC HARVEY FOR THE APPELLANT

JOHN DODSWORTH FOR THE RESPONDENT, CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

N/A FOR THE RESPONDENT, WILKINSON STEEL AND METALS INC.

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20150102

Docket: A-310-13

Citation: 2015 FCA 1

CORAM: NADON J.A.
PELLETIER J.A.
TRUDEL J.A.

BETWEEN:

CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY
AND PARRISH & HEIMBECKER, LIMITED

Respondents

Heard at Ottawa, Ontario, on December 11, 2014.

Judgment delivered at Ottawa, Ontario, on January 2, 2015.

REASONS FOR JUDGMENT BY:

PELLETIER J.A.

CONCURRED IN BY:

NADON J.A.
TRUDEL J.A.

2015 FCA 1 (CanLII)

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20150102

Docket: A-310-13

Citation: 2015 FCA 1

CORAM: NADON J.A.
 PELLETIER J.A.
 TRUDEL J.A.

BETWEEN:

CANADIAN PACIFIC RAILWAY COMPANY

Appellant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY
 AND PARRISH & HEIMBECKER, LIMITED

Respondents

REASONS FOR JUDGMENT

PELLETIER J.A.

I. Introduction

[1] Canadian Pacific Railway Company (CP) and Parrish & Heimbecker (P&H) were unable to agree on a price for the transportation of P&H's grain cars from the latter's terminal at Milk River, Alberta to the Burlington Northern and Santa Fe Railway (BNSF) at the Canada-United States (US) border at Coutts, Alberta. In light of this impasse, P&H applied to the Canadian

Transportation Agency (the Agency) for an interswitching order which, if granted, would require CP to haul P&H's cars from Milk River to Coutts for the statutory rate of \$315 per car instead of CP's commercial rate of \$1,373 per car, a substantial difference.

[2] The Agency considered the matter and, in Decision No. 165-R-2013 (the Decision), made the interswitching order. CP was given leave to appeal the Agency's decision to this Court pursuant to section 41 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c.10 (the Act), which limits appeals to questions of law and jurisdiction.

[3] CP argued that the Agency erred in making an interswitching order because one of the conditions for the making of such an order, the presence of an interchange, was not satisfied. CP argued that there was no interchange at Coutts, Alberta because BNSF did not have a line of railway there which connected with CP's railway in Canada so as to be subject to the Agency's jurisdiction.

[4] For the reasons which follow, I would dismiss the appeal with costs to P&H.

II. The background

[5] P&H has a terminal at Milk River, Alberta, from which it exports grains to the US. Its terminal is served by a siding which connects (at mileage 12.61) to CP's Montana Subdivision. A subdivision, in this context, simply refers to a portion of a rail line. For example, the Montana Subdivision runs north from the US border to a point southeast of Lethbridge, Alberta where it connects with CP's Taber Subdivision (Decision at paragraph 5).

[6] CP's Montana Subdivision connects with BNSF's track at the US border. The nature of that connection is in issue in these proceedings.

[7] Each railway company has storage tracks on its side of the border. CP operates three storage tracks (the Coutts Yard), which connect with the Montana subdivision approximately 350 yards from the border. BNSF's storage tracks are known as the Sweet Grass Yard.

[8] CP and BNSF have exchanged traffic at this location for many years. In 2012, they exchanged 90,945 cars. The mechanics of this transfer of traffic were described by the Agency as follows:

-Northbound traffic destined for Canada is parked in the Sweet Grass Yard for pick up by CP. CP enters into the United States, hooks onto the northbound rail cars and brings them across the international boundary into the Coutts Yard for delivery.

-Southbound traffic destined for the United States is parked on a CP track in the Coutts Yard for pick up by BNSF. BNSF enters into Canada, hooks onto the southbound rail cars and brings them across the international boundary into the Sweet Grass Yard for delivery.

(Decision at paragraph 9).

[9] The conduct of business between CP and BNSF at this location has been governed by agreement since 1928. The original agreement was revised in 2005 and is now known as the Interchange Agreement, the material portions of which provide as follows:

[BNSF has] the right to use, for purposes contemplated within this Agreement, subject to CPR's safety and operating rules, regulations and supervision the CPR Lead tracks identified between points "A" and "C" on Exhibit #1. [...] In addition to the CPR Lead, CPR grants to BNSF the right to place and pull Interchange Cars at locations designated from time to time by local CPR operating officers at CPR's Coutts Yard, collectively referred to as CPR owned trackage.

...

The parties when conducting contemplated interchange shall operate over trackage owned by CPR (CPR Lead) between BNSF/CPR connection at the international border and the CPR connection with their yard located in Coutts, Alberta [...]

CPR grants to BNSF the right to use, for purposes contemplated within this Agreement, subject to CPR's safety and operating rules, regulations and supervision the CPR Lead tracks [...] In addition to the CPR Lead, CPR grants to BNSF the right to place and pull Interchange Cars at locations designated from time to time by local CPR operating officers at CPR's Coutts Yard, collectively referred to as CPR owned trackage.

(Decision at paragraphs 13-14).

[10] In an earlier decision, Decision No. 35-R-2009, the Agency explained that interswitching of rail traffic between railway companies has existed in Canada since the early 1900s.

Interswitching was introduced to limit the proliferation of railway lines in urban areas serving manufacturing-based industries where each railway constructed its own lines to its own customer's door. These customers then became captives of that railway, which created an opportunity for monopolistic service and rate situations.

[11] Parliament introduced a number of measures to deal with these issues, including interswitching (s. 127 of the Act), competitive line rates (s. 129) and orders granting running rights (s. 138). All of these measures were intended to provide shippers with access to competitive alternatives.

[12] Interswitching is defined at section 111 of the Act:

| | |
|--|---|
| <p>“interswitch” means to transfer traffic from the lines of one railway company to the lines of another railway</p> | <p>« interconnexion » Le transfert du trafic des lignes d'une compagnie de chemin de fer à celles d'une autre</p> |
|--|---|

company in accordance with regulations made under section 128;

compagnie de chemin de fer conformément aux règlements d'application de l'article 128.

[13] Section 128 authorizes the Agency to make regulations with respect to interswitching.

[14] The Agency's power to make interswitching orders is found in section 127 of the Act:

127. (1) If a railway line of one railway company connects with a railway line of another railway company, an application for an interswitching order may be made to the Agency by either company, by a municipal government or by any other interested person.

(2) The Agency may order 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.

(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.

127. (1) Si une ligne d'une compagnie de chemin de fer est raccordée à la ligne d'une autre compagnie de chemin de fer, l'une ou l'autre de ces compagnies, une administration municipale ou tout intéressé peut demander à l'Office d'ordonner l'interconnexion.

(2) L'Office peut ordonner 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.

(3) Si le point d'origine ou de destination d'un transport continu est situé dans un rayon de 30 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.

[15] As set out in subsections 127(2) and (3), the existence of an interchange is an important factor in the interswitching scheme. An interchange is defined at section 111 of the Act:

“interchange” means a place where the line of one railway company connects with the line of another railway company and where loaded or empty cars may be stored until delivered or received by the other railway company;

« lieu de correspondance » Lieu où la ligne d'une compagnie de chemin de fer est raccordée avec celle d'une autre compagnie de chemin de fer et où des wagons chargés ou vides peuvent être garés jusqu'à livraison ou réception par cette autre compagnie.

[16] To summarize, interswitching involves the transfer of traffic from one line of railway to another which requires that there be two lines of railway which connect with the each other. In addition, that connection must include an interchange, that is a place where the cars of one railway company can be stored until they are picked up by the other railway company. Finally, if the point of origin (or destination) of a continuous movement of traffic is within the prescribed distance from an interchange, a railway shall not exchange traffic at that interchange except at the prescribed rates.

[17] Since Milk River is within the prescribed distance from the Coutts Yard, the only issue before the Agency and now, before this Court, is whether the configuration at the Canada-US border is an interchange.

III. The decision under appeal

[18] After disposing of a preliminary question, the Agency examined the question of whether BNSF had a line of railway at Coutts. The Agency decided that it did, for two reasons. The first of these reasons had to do with the nature of the connection between CP's and BNSF's lines at the international border. CP's position was that it owned all the land on the Canadian side of the border so that it, and not BNSF, owned any installation on that land. Beyond that, CP

characterized the connection itself as a simple end to end connection of its track with BNSF's track at the international border so that there was simply a single continuous track running from the Canadian side of the border to the American side.

[19] The Agency dealt with this issue in five short paragraphs. It focused on the nature of a railway track's physical connection. It quoted a passage from an earlier decision (Decision No. 35-R-2009) in which it noted an intervener's description of a railway line connection:

The actual connection point of rail lines occurs in a two to four metre space and it is unreasonable to interpret Section 111 to literally define the interchange as having to occur within these actual two to four metres.

(Decision at paragraph 61).

[20] The Agency then held that "connecting railway lines do not abut; each railway track joins together with the other track to form a continuous line" (Decision paragraph 62). This led the Agency to conclude that:

...the physical connection of the lines of railway of BNSF and CP is wider than, and extends beyond, the international boundary into Canada at Coutts. Therefore, BNSF has a line of railway which extends beyond the international boundary into Canada. The Agency therefore finds that BNSF has a line of railway for the purpose of the interswitching provision of the CTA.

(Decision at paragraph 63).

[21] The Agency then turned to its second reason for holding that BNSF has a line of railway in Canada, namely that its rights under its Interchange Agreement with CP give it a sufficient interest in CP's tracks at the Coutts Yard for BNSF to have a line of railway in Canada.

[22] The Agency noted that the Interchange Agreement authorized BNSF to use CP's infrastructure for the specific purpose of interchange activities between the two. The rights conferred by the Interchange Agreement include the right to use CP's tracks and to "place and pull rail cars interchanged with CP" (Decision at paragraph 65). Furthermore, the Interchange Agreement provides that terminal management decisions must be made in a non-discriminatory manner so that "... BNSF and CP have equal status with respect to the dispatching of traffic interchanged on CP's premises at Cou tts" (Decision at paragraph 66).

[23] The Agency found that the rights acquired by BNSF pursuant to the Interchange Agreement were more than running rights which would simply enable the latter to travel over CP's tracks. BNSF's contractual rights allowed it to perform all necessary operations in order to interchange traffic with CP (Decision at paragraph 69).

[24] As a result, the Agency concluded that BNSF had a sufficient rights in CP's tracks at the Cou tts Yard for BNSF to have a railway line within the meaning of the Act in relation to those tracks.

[25] The Agency then considered whether the Cou tts Yard was a place "where loaded or empty cars may be stored until delivered or received by the other railway company" within the meaning of section 111 of the Act. The Agency observed that since it had already concluded that the CP's and BNSF's lines of railway connected, the only element left to be satisfied in the definition of an interchange was the issue of storage tracks.

[26] The Agency reviewed the evidence which showed that the Coutts Yard was a place where CP could place cars until they were picked up by BNSF. The fact that facilities for the interswitching of traffic in the other direction existed on the other side of the international boundary did not remove the Coutts Yard from the definition of an interchange.

[27] The Agency concluded that, in this case, the “place” referred to in the definition of interchange “includes the entire area from the railway line connection to the end of the Coutts Yard storage tracks to which BNSF has access under the Interchange Agreement, all of which is entirely in Canada” (Decision at paragraph 82). This last comment was directed to CP’s argument that the Agency was giving the Act extra-territorial application.

[28] Finally, the Agency concluded that the Milk River Siding, the point of origin of P&H’s southbound traffic, was within the statutory radius for interswitching at statutory rates since it was 20 kilometres from the Coutts Yard. It will be recalled that subsection 127(3) of the Act imposes mandatory interswitching at statutory rates where the point of origin of the traffic is within 30 kilometres (or prescribed greater distance) of an interchange.

[29] As a result, P&H was successful in its application and CP was required to interswitch P&H’s grain cars at the statutory rate. CP now seeks to set this decision aside.

IV. The issues

[30] The following issues are raised by this appeal:

A. *The standard of review of the Agency’s decision;*

B. *Whether the Agency erred in law or exceeded its jurisdiction in finding that BNSF's line of railway extended into Canada?*

C. *Whether the Agency erred in law in finding that BNSF had a sufficient interest in CP's Coutts Yard for it to be treated as part of BNSF's line of railway?*

A. *The standard of review of the Agency's decision*

[31] Both parties are agreed that the general rule is that the Agency's interpretation of the Act, its home statute, is to be reviewed on a standard of reasonableness: *Canadian National Railway Company v. Canadian Transportation Agency*, 2010 FCA 65, [2011] 3 F.C.R. 264, at paragraphs 27-29, *Canadian National Railway Company v. Transportation Agency*, 2010 FCA 166, [2010] F.C.J. No. 815 [*Fort Rouge*], at paragraphs 19-21.

[32] CP argues, however, that the Agency's determination that BNSF has a line of railway which extends into Canada such that the Agency has authority over BNSF is a true question of jurisdiction, in respect of which the standard of review is correctness. Putting the argument another way, CP says that the Agency has no jurisdiction to apply the Act extra-territorially.

[33] There is no issue of extra-territoriality in this case. The Agency's order requires CP, not BNSF, to interswitch P&H's cars at the regulated rate. The question of whether BNSF required a certificate of fitness for its operations in Alberta, the preliminary issue referred to earlier was deferred to another decision. To the extent that the Agency asserts jurisdiction over BNSF, it does so with respect to its operations at the Coutts Yard.

[34] As a result, there is no question of jurisdiction to which the correctness standard could apply.

B. *Whether the Agency erred unreasonably in law or exceeded its jurisdiction in finding that BNSF's line of railway extended into Canada?*

[35] CP attacked the Agency's finding that a connection between railway lines cannot take place on an international boundary which was described as an "impossibly thin membrane, phenomenal in length and height but with no width" (Decision at paragraph 60). As a result, the Agency found that BNSF's line of railway necessarily extended into Canada at the point of connection.

[36] CP pointed out that it owned all the land on the Canadian side of the international boundary so that if anything supplied by BNSF extended beyond the boundary, it would be CP's property as opposed to BNSF's.

[37] Furthermore, all the material provided to the Agency by CP showed the railway line at the point where it crossed the international boundary as a "single and seamless line of track" (CP's Memorandum of Fact and Law at paragraph 65).

[38] Finally, CP was particularly critical of the Agency's apparent reliance on a passage taken from an intervener's brief in another proceeding, which I quoted earlier in these reasons, describing the intervener's view of a connection between railway lines.

[39] Since this passage is immediately followed by the Agency's affirmation that "connecting railway lines do not abut", CP infers that the citation is the evidentiary foundation for the Agency's statement. CP alleges that this is factually incorrect and an error in law to the extent that it purports to describe all railway line connections.

[40] The Agency's conclusion on this point is a finding of fact. It is a finding as to the physical layout of the tracks, a pure question of fact. The wide berth which this Court must give to such findings is illustrated by subsections 41(1) and (3) of the Act:

41 (1) An 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

...

3) An appeal shall be heard as quickly as is practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw any inferences that are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and that are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

[my emphasis.]

41 (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour...

[...]

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en faisant toutes inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

[mon soulignement.]

[41] There is no right of appeal from a finding of fact.

[42] At the hearing of the appeal, the question was asked whether a conclusion of fact for which there was no evidentiary basis was an error of law. Such an error would necessarily be unreasonable - how could it be reasonable to draw conclusions of fact on no evidence? - and

therefore reviewable. If the only evidence in support of the Agency's conclusion was the passage it quoted from Decision 35-R-2009, I would be inclined to the view that there was no evidence to support its conclusion. The response from counsel for P&H was that the Agency was entitled to rely on its institutional knowledge in concluding as it did as to the nature of the connection between the two railways.

[43] It is true that the Supreme Court has upheld the right of labour relations boards to rely on their expert knowledge of the field of labour relations (see *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 at paragraph 57, *International Longshoremen's and Warehousemen's Union, Ship and Dock Foremen, Local 514 v. Prince Rupert Grain Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 432, at paragraph 37. However, I am unaware of any case in which the Supreme Court has held that a tribunal may resolve disputed questions of fact solely on the basis of its institutional knowledge of relevant facts.

[44] Because of the view which I have of the second ground on which the Agency relied in coming to the conclusion it did, it is not necessary, in this case, to determine the extent to which an administrative tribunal can rely on its own knowledge to resolve disputed questions of fact if indeed that is what happened here. If such a right exists, then one would expect a tribunal to exercise a certain reserve in invoking its institutional knowledge to supply facts which are in dispute between the parties and that, when it did invoke such knowledge, it would do so in as transparent a way as possible.

C. *Whether the Agency erred in law in finding that BNSF had a sufficient interest in CP's Coutts Yard for it to be treated as part of BNSF's line of railway?*

[45] CP's position is that the Agency departed from its own jurisprudence and misinterpreted this Court's decision in *Fort Rouge* when it held that the mere contractual rights, including the right to "use the tracks of the other party and to deliver and to pull rail cars from the other railway company" (see Decision at paragraph 66) gave BNSF a sufficient interest in the Coutts Yard to allow it to treat the Coutts Yard as part of its line of railway.

[46] According to CP, in Decision No. 439-R-1989 [*Celgar*] the Agency decided that mere running rights were an insufficient basis for one railway company to treat another railway company's tracks and facilities as part of its line of railway. In that case, there was an agreement between CP and another railway company, BN, which allowed BN to travel over CP's track from Troup Junction, the point at which the BN line connected with CP's, to a storage yard at Nelson, B.C., some 9 kilometres away, and to joint usage of CP's track and facilities at Nelson for interswitching traffic. The Agency found that this was insufficient to support the contention that BN had a line of railway at Nelson. CP relies on the following passage from *Celgar*:

In this case, the Agency finds that there is only one railway line from Troup Junction to Nelson, that of CP. BN does not have a "line of railway" at Nelson merely by virtue of its agreement with CP. Therefore, Nelson does not meet the definition of an interchange as described in the NTA, 1987.

Celgar, available at <https://www.otc-cta.gc.ca/eng/ruling/439-r-1989>.

[47] It is implicit in the Agency's decision in *Celgar* that it treated "having" a line of railway as meaning "owning" a line of railway.

[48] CP argues that the requirement that a railway company own a line of railway was confirmed in a subsequent decision of the Agency, Decision 798-R-1993 [*Ottawa Valley Partnership*]. In that case, CN and CP consolidated rail services in the Ottawa valley into a single railway line (the Partnership Line). A question arose as to whether the interchanges which had existed at various points along the pre-existing line and which were now integrated into the Partnership Line continued to be interchanges as there was now only one line of railway into and out of those storage yards. The Agency found that CN and CP each had a line of railway into the storage yards even though there was only a single physical line of railway. It held that:

The Agency is satisfied that the ownership interest that each Partner has in the Partnership Line is sufficient to conclude that each Partner has a "line of railway" for the purposes of the definition of "interchange".

As each Partner has a "line of railway", it is the opinion of the Agency that interchanges will exist wherever a storage facility for cars exists on the Partnership Line. Even though there is physically only one line of railway, it is the ownership interest which, in the Agency's view, is determinative of the existence of an interchange in this case. The present application is different from that related to the Celgar Pulp Company in which the second railway company had only joint trackage usage and running rights over a line of railway and not an ownership interest in the line of railway.

Ottawa Valley Partnership, available at <https://www.otc-cta.gc.ca/eng/ruling/798-r-1993>.

[49] CP argues, on the basis of this jurisprudence that the Agency misinterpreted this Court's decision in *Fort Rouge* as establishing a new test for determining when a railway company has a line of railway for the purposes of the definition of an interchange.

[50] The facts in *Fort Rouge* are somewhat convoluted but can be summarized for the purposes of this appeal as follows. CN and BNSF (or their predecessors) have exchanged traffic

at CN's F Yard since 1913 pursuant to an agreement whose material terms were set out in this Court's decision in *Fort Rouge* and which I reproduce below for ease of reference.

...the Agreement contemplated the construction of two lines of track at CN's F Yard, one for the delivery of CN traffic to BNSF, and one for the delivery of BNSF traffic to CN. The Agreement provides that, upon completion of construction of the two tracks, BNSF would pay CN one half the cost of construction. BNSF also agreed to reimburse CN for one half the cost of the maintenance of the two lines. In addition, BNSF agreed to pay CN annually a sum equal to one half of the rental value of the land on which the tracks were constructed. Upon the termination of the Agreement, BNSF was entitled to one half of the material used in the construction of the tracks or to an amount equal to the depreciated value of those materials.

The Agreement also provided that CN could, at any time, change or alter the location or construction of the transfer tracks providing it did so at its own expense and that the new facilities were equally convenient for BNSF.

(*Fort Rouge* at paragraphs 10-11).

[51] In 2003, CN reconfigured its tracks in the Winnipeg area and relocated the joint facilities which had previously been located at the F Yard to the new Fort Rouge Yard. This raised a number of issues but, for the purposes of this appeal, the relevant issue was whether there was interswitching at the Fort Rouge Yard since all the track at that location was owned by CN. As a result, there could be no transfer of traffic from one line of railway to another at that location and therefore no interswitching.

[52] The Agency examined the contract between CN and BNSF and, in light of BNSF's rights and obligations under that agreement, concluded that "BNSF has a sufficient ownership interest in the transfer track at Fort Rouge Yard to have a line of railway for the purposes of the interswitching provisions of the CTA" (Decision No. 35-R-2009). The Agency supported its

decision by reference to the prominence given to ownership of property in the *Ottawa Valley Partnership* decision.

[53] On appeal, this Court upheld the Agency's decision. In doing so, it restated the issue to be decided by the Agency in the following terms:

The CTA did not have to decide the status of those rights [under the 1913 Agreement] under Manitoba's land law so that its use of the expression ownership interest is perhaps gratuitous. What the CTA did have to decide was whether BNSF's rights with respect to the F Yard and, by extension, the Fort Rouge Yard pursuant to the Transfer Track Agreement were such as to allow it to treat portions of those yards as part of BNSF's line of railway.

(*Fort Rouge* at paragraph 28).

[54] After referring to the passages from the *Ottawa Valley Partnership* on which the Agency relied, this Court articulated the substance of the Agency's decision as follows:

In this case, the Transfer Track Agreement clearly gave BNSF something more than running rights on CN's track. It had a right to the use of certain facilities for the purpose of transferring traffic back and forth with CN. That right was not bound to a particular piece of land but it was bound to BNSF's convenience in doing business with CN. The CTA found that these rights were sufficient to find that BNSF had a line of railway in the Fort Rouge Yard.

(*Fort Rouge* at paragraph 30).

[55] CP cites both of these passages in support of its position that, for the purposes of the interswitching provisions of the Act, a railway company has a line of railway when it has an ownership interest in that line. It finds support for its position in this Court's assertion that the question to be decided in the *Fort Rouge* case was whether BNSF's rights with respect to the F

Yard, and by extension, the Fort Rouge Yard, were such as to allow BNSF to treat portions of those yards as part of its own line of railway.

[56] With respect, this is a misreading of this Court's position. The question before the Agency was whether BNSF's rights under the Transfer Track Agreement were such as to allow the Agency to treat portions of those yards as parts of BNSF's line of railway.

[57] In this case, the Agency explicitly adopted the reasoning which flowed from this Court's decision in *Fort Rouge*.

[58] CP, not unreasonably, points out the differences in BNSF's rights and obligations under the Transfer Track Agreement with respect to the Fort Rouge Yards and its rights and obligations under the Interchange Agreement with respect to the Coutts Yard. BNSF has no financial obligations under the Interchange Agreement. It says that this distinguishes the Interchange Agreement from the Transfer Track Agreement. CP says that BNSF's rights under the Interchange Agreement are more like BN's rights under the agreement in issue in *Celgar*. CP also points out that BN had more than "mere" running rights under that agreement. It had the right, in perpetuity, to run its trains over the rail line from Troup Junction to Nelson and the right to joint usage of the trackage and facilities at Nelson. CP argues that if these rights were not sufficient to support a finding that BN had a line of railway in *Celgar*, then they should not be sufficient to support the conclusion that BNSF has a line of railway in this case.

[59] It is true that it is difficult to reconcile the Agency's decision in *Celgar* with its decision in this case. While the doctrine of stare *decisis* does not apply to tribunal decisions (see *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at paragraph 14), the Supreme Court has recently held "that arbitral precedents *in previous cases* shape the contours of what qualifies as a reasonable decision *in this case*": see *Communication, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp and Paper*, [2013] 2 S.C.R. 458 at paragraph 75 [emphasis in the original]. The dissenting judges in that case (MacLachlan CJC, Rothstein and Moldaver JJ.) did not disagree on this point and held that where an arbitration panel departs from prior arbitral jurisprudence, it must set out a reasonable basis for doing so (see paragraph 75). For present purposes, there is no distinction between arbitration panels and administrative tribunals.

[60] The reasonable basis, in this case, was the Agency's reliance on this Court's decision in *Fort Rouge*. In that case, the Agency cast its decision in the same terms as it had implied in *Celgar* and used in *Ottawa Valley Partnership*, namely a property interest. This Court recognized that while the factors referred to by the Agency fell short of creating an ownership interest, they were nonetheless capable of supporting the Agency's conclusion that BNSF had a sufficient interest in the Fort Rouge Yard to justify the Agency in treating those Yards as part of BNSF's line of railway.

[61] In the present case, the Agency recognized that the critical factor was the right "to perform all necessary operations in order to interchange traffic" (see Decision at paragraph 69), a position consistent with this Court's decision in *Fort Rouge*. The rights which it identified allowed the Agency to consider that BNSF had a sufficient interest in the Coutts Yard for it to be

treated as part of BNSF's line of railway. The Agency has thus refined its view of when a railway company "has" a line of railway, moving away from a strictly ownership position, as in *Celgar*, to a more nuanced position based on functional integration. This refinement is in keeping with the Canada's national transportation policy which favours competition and market forces, and discourages rates and conditions which are an undue obstacle to the movement of traffic. It is entirely within the Agency's mandate to refine its approach to the issue of what constitutes an interchange.

[62] As a result, I find that the Agency's decision on this issue is reasonable. Once the Agency concluded that BNSF had a line of railway at the Coutts Yard, then the issues of the existence of an interchange and the availability of interswitching resolved themselves in P&H's favour.

V. Conclusion

[63] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal with costs to P&H.

"J.D. Denis Pelletier"

J.A.

"I agree
M. Nadon J.A."

"I agree
Johanne Trudel J.A."

FEDERAL COURT OF APPEALNAMES OF COUNSEL AND SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: A-310-13
STYLE OF CAUSE: CANADIAN PACIFIC RAILWAY
COMPANY v. CANADIAN
TRANSPORTATION AGENCY
AND PARRISH & HEIMBECKER,
LIMITED

PLACE OF HEARING: OTTAWA, ONTARIO

DATE OF HEARING: DECEMBER 11, 2014

REASONS FOR JUDGMENT BY: PELLETIER J.A.

CONCURRED IN BY: NADON J.A.
TRUDEL J.A.

DATED: JANUARY 2, 2015

APPEARANCES:

Doug Hodson
Kristen MacDonald

FOR THE APPELLANT
CANADIAN PACIFIC RAILWAY
COMPANY

Barbara Cuber

FOR THE RESPONDENTS
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

Forrest Hume
Monika Gehlen

FOR THE RESPONDENTS
PARRISH & HEIMBECKER,
LIMITED

SOLICITORS OF RECORD:

MacPherson Leslie & Tyerman LLP
Saskatoon, Saskatchewan

FOR THE APPELLANT
CANADIAN PACIFIC RAILWAY
COMPANY

Canadian Transportation Agency
Gatineau, Quebec

FOR THE RESPONDENTS
CANADIAN TRANSPORTATION
AGENCY

Davis LLP
Vancouver, British Columbia

FOR THE RESPONDENTS
PARRISH & HEIMBECKER,
LIMITED

TAB 7

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: **Lang v. British Columbia
(Superintendent of Motor Vehicles),
2005 BCCA 244**

Date: 20050425

Docket: CA028764; CA028794; CA029799; CA030648

Docket: CA028764

Between:

Robert Lang

Respondent
(Petitioner)

And

**The Superintendent of Motor Vehicles for the Province of British Columbia and
the Attorney General of British Columbia**

Appellants
(Respondents)

- and -

Docket: CA028794

Between:

Roger Steven Corbett

Respondent
(Petitioner)

And

**The Superintendent of Motor Vehicles for the Province of British Columbia and
the Attorney General of British Columbia**

Appellants
(Respondents)

- and -

Docket: CA029799

Between:

Kim Charles Lucas

Respondent
(Petitioner)

And

**The Superintendent of Motor Vehicles for the Province of British Columbia and
the Attorney General of British Columbia**

Appellants
(Respondents)

- and -

Docket: CA030648

Between:

Michael Sebelius Feddersen

Respondent
(Petitioner)

And

**The Superintendent of Motor Vehicles for the Province of British Columbia and
the Attorney General of British Columbia**

Appellants
(Respondents)

Before: The Honourable Mr. Justice Donald
 The Honourable Madam Justice Newbury
 The Honourable Mr. Justice Low

J.G. Penner and
R. Mullett

Counsel for the Appellants

2005 BCCA 244 (CanLII)

R.P. Helme and
R.M. Junger

Counsel for the Respondents
R. Lang, R.S. Corbett and K.C. Lucas

W.C. MacGregor

Counsel for the Respondent
M.S. Feddersen

Place and Date of Hearing:

Victoria, British Columbia
1 and 2 February 2005

Place and Date of Judgment:

Vancouver, British Columbia
25 April 2005

Written Reasons by:

The Honourable Mr. Justice Donald

Concurred in by:

The Honourable Madam Justice Newbury

The Honourable Mr. Justice Low

Reasons for Judgment of the Honourable Mr. Justice Donald:

[1] These appeals are brought with leave by the Superintendent of Motor Vehicles and the Attorney General of British Columbia against awards of costs upon the quashing of administrative licence prohibitions on judicial review in the Supreme Court. The issues require a determination of the correct parties in a judicial review, the role of the Attorney General in those proceedings, the exposure of the statutory decision maker and the Attorney General to costs, and whether the awards of costs in the instant cases are valid.

[2] For reasons that follow I have concluded:

1. The representative of the Crown in proceedings under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1996, c. 241, is the Attorney General, not Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia.
2. The Attorney General can appear in his own right to speak for the public interest and may advocate for the statutory decision maker (hereinafter the tribunal) if the latter has not engaged separate counsel.
3. If the decision in question is set aside, costs should not be levied against the tribunal unless:
 - (a) the tribunal exhibited misconduct or perversity in the proceedings before it; or

- (b) made submissions on the merits of the judicial review application and did not limit itself to jurisdiction.
4. The Attorney General may be liable in costs if:
- (a) the tribunal did not file an appearance to the petition; and
 - (b) the Attorney General argued the merits of the tribunal's decision.
5. Of the instant cases, an award of costs was only justified in the *Feddersen* case and should be read as applying only to the tribunal.

FACTS

[3] In each of the four cases the respondent (a motorist) was pulled over by a police officer while driving, provided a breath sample to the officer, and was given a driving prohibition after recording a blood alcohol level above the legal limit. The respondents then applied to have the driving prohibition reviewed by an adjudicator appointed under the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, as the Superintendent's delegate. The reviews of the prohibition were dismissed.

[4] The respondents then brought a petition for judicial review of the adjudicator's decision in the Supreme Court for British Columbia; each was successful and awarded costs of the judicial review proceedings.

(a) Corbett

[5] The petition in *Corbett* named the Superintendent and Her Majesty the Queen as respondents. On 18 December 2001, Mr. Justice Grist set aside the driving prohibition and remitted the matter to the Superintendent. He also made an order that the petitioner was entitled to double costs based on an offer to settle. In the style of cause of the order the Attorney General was substituted for Her Majesty the Queen, however, a dispute remains whether the proper Crown respondent is the Attorney General or Her Majesty the Queen. We were asked to put this controversy to rest.

(b) Feddersen

[6] The petition in *Feddersen* was styled:

Re: The Decision of the Superintendent of Motor Vehicles in the Matter of Michael Sebelius Feddersen and Administrative Driving Prohibition No. 00-175422

On 10 February 2003, Mr. Justice Slade in an order styled:

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

BETWEEN:

MICHAEL SEBELIUS FEDDERSEN

PETITIONER

AND:

THE SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES and
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA

RESPONDENTS

pronounced:

THIS COURT ORDERS that

1. The Review Decision of adjudicator K. Anderson of August 1, 2002 in respect of Administrative Driving Prohibition No. 00-175422 is set aside, the Notice of Driving Prohibition is stayed, and the Superintendent of Motor Vehicles is prohibited from confirming the driving prohibition.
2. The Respondent shall pay the Petitioner costs on Scale 3 of the Supreme Court Rules (British Columbia).

(c) **Lang**

[7] The petition in **Lang** used this style of cause:

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

RE: REGINA v. ROBERT LANG

IN THE MATTER OF AN APPLICATION FOR RELIEF IN
THE NATURE OF CERTIORARI

BETWEEN:

ROBERT LANG

PETITIONER

AND:

THE SUPERINTENDENT OF MOTOR VEHICLES FOR THE
PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA and HER MAJESTY THE
QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF BRITISH COLUMBIA

RESPONDENTS

[8] On 29 November 2000, Mr. Justice Bouck set aside the decision of the adjudicator and declared the prohibition a nullity. The order named the Superintendent and the Attorney General as respondents even though in his

reasons for judgment Mr. Justice Bouck recommended that Her Majesty the Queen be substituted for the respondents, if both parties agreed. He subsequently issued a memorandum to counsel on 30 July 2001 on the party issue, ventured the opinion that Her Majesty the Queen was the correct party respondent, but declined to make an order changing the style of cause because both parties seemed content with it.

(d) **Lucas**

[9] The petition in **Lucas** named the Superintendent and Her Majesty the Queen as respondents. On 9 May 2002, Madam Justice Neilson made the following order:

THIS COURT ORDERS, AND BY CONSENT, that

1. Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia be removed as a Respondent and be replaced by the Attorney General of British Columbia;
2. the Superintendent of Motor Vehicles rehear the application of the Petitioner to review the driving prohibition served pursuant to Section 94.1 of the *Motor Vehicle Act* on August 15, 1998;
3. the rehearing be held within 21 days of the date of this Order, unless the Superintendent is unable to send the decision within this period in which case the Superintendent may extend this period pursuant to Section 94.6(4) of the *Act*.

AND, THIS COURT FURTHER ORDERS that

4. costs are payable to the Petitioner on scale 3.

[10] The orders in **Corbett** and **Lucas** setting aside the prohibition are by consent. This is because the adjudicators in those cases extrapolated breathalyzer readings back to the time of driving without expert evidence or notice to the disputant, a practice this Court condemned in **Dennis v. British Columbia (Superintendent of**

Motor Vehicles) (2000), 82 B.C.L.R. (3d) 313, 150 C.C.C. (3d) 544, 2000 BCCA 653, upholding the order of Melvin J. (1999), 45 M.V.R. (3d) 10, [1999] B.C.J. No. 1568 (S.C.) (QL), as contrary to law.

[11] In *Lang*, Bouck J. found a defect in the initiating document prepared by the peace officer which in his opinion nullified the process.

[12] In *Feddersen*, Slade J. struck down the prohibition on grounds that the adjudicator's decision gave rise to a reasonable apprehension of bias and the adjudicator's findings were patently unreasonable.

DISCUSSION

[13] The appeals arise in a much litigated scheme under ss. 94.1 to 94.6 of the *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1996, c. 318, which provide for a 90 day driving prohibition. The procedure involves the review by a delegate of the Superintendent, referred in the authorities as the adjudicator, of the grounds for a prohibition reported by a peace officer who investigated a drinking and driving incident. The authority of the Superintendent to delegate his powers, duties and functions is found in s. 117 of the *Motor Vehicle Act*.

[14] The enactments creating the program came into force on 18 December 2000 pursuant to B.C. Reg. 418/00. Counsel for the appellants summarized the scheme in this way:

2. Broadly speaking, the Legislation is divided into two phases. First, a peace officer acts under s. 94.1 to issue a Notice of Driving

Prohibition (the "Notice"). The peace officer must issue a Notice when he or she has reasonable and probable grounds to believe that one of two specified conditions exist: (1) on the basis of an analysis of breath or blood, the driver was "over .08" at any time within three hours after operating or having care or control of a motor vehicle; or (2) upon a demand being made for a sample of breath under s. 254 of the *Criminal Code*, the person failed or refused, without reasonable excuse, to provide a sample.

3. If a Notice is issued, the peace officer must send the documents specified in s. 94.3 to the Superintendent of Motor Vehicles (the "Superintendent"). The documents specified are: (a) the driver's licence; (b) a copy of the Notice; (c) a certificate of service; (d) a report, in the form established by the Superintendent, sworn or solemnly affirmed by the peace officer; and (e) a copy of any certificate of analysis under s. 258 of the *Criminal Code* with respect to the driver. The peace officer has no further involvement in the process.

4. A person who has been served with a Notice may apply to the Superintendent for a review by filing an Application for Review (the "Application") pursuant to s. 94.4. The person may submit, with the Application, any sworn statements or other evidence the applicant wishes the Superintendent to consider. The Superintendent is not required to hold an oral hearing unless the applicant requests an oral hearing at the time of filing the Application and pays the prescribed fee.

5. The second phase of the Legislation addresses the review to be conducted by the Superintendent. The Superintendent is directed by s. 94.5 to consider: (a) any relevant sworn or solemnly affirmed statements and any other relevant information; (b) the report of the peace officer; (c) any certificate of analysis under s. 258 of the *Criminal Code*; and (d) any relevant evidence given or representations made at the hearing.

6. After considering the Application, if the Superintendent is satisfied that either (a) the person had care or control and was "over .08" within three hours of having care or control; or (b) the person failed or refused, without a reasonable excuse, to comply with a demand made under s. 254 of the *Criminal Code* to supply a sample of his or her breath or blood, then the Superintendent must confirm the driving prohibition. If, however, the Superintendent is satisfied that either (a) the person was not, because of alcohol consumed prior to or while in care or control of the vehicle, "over .08" within three hours of having care or control; or (b) the person did not fail or refuse to comply with a demand, or had a reasonable excuse for doing so, then the Superintendent must revoke the driving prohibition and return the

driver's licence, and must direct that the Application and hearing fees be refunded.

[15] . We are told that after more than 100 judicial reviews virtually all the major legal issues related to the program have been settled, except the issue of costs. Of particular importance here is the determination that the standard of review on the merits of the adjudicator's decision is patent unreasonableness: *Pointon v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (2002), 6 B.C.L.R. (4th) 112, 29 M.V.R. (4th) 167, 2002 BCCA 516, following *R. v. Gordon* (2002), 100 B.C.L.R. (3d) 35, 23 M.V.R. (4th) 165, 2002 BCCA 224.

THE PARTIES

[16] The question whether the Crown should be named as Her Majesty the Queen or the Attorney General arises from a concern by counsel for Corbett, Lang and Lucas that an order of costs against the Superintendent and the Attorney General may not be recoverable.

[17] It is said that Her Majesty the Queen is a proper party respondent because of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1996, c. 89, and the reference to that *Act* in the *Judicial Review Procedure Act*, s. 19 which reads:

19 This Act is subject to the *Crown Proceeding Act*.

[18] In the memorandum issued by Bouck J. in the *Lang* case to which I have referred, he reasons that all proceedings against the Crown provincial are subject to the *Crown Proceeding Act*. I respectfully disagree with that view. The *Crown*

Proceeding Act deals with claims against the Crown. In judicial review there is no true *lis* between the subject and the Crown, the issue is the jurisdiction of the tribunal (although there may be another party truly adverse in interest such as between a union and an employer in a labour relations dispute: *Hollinger Bus Lines v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1952] 3 D.L.R. 162 at 169-70, [1952] O.R. 366 (C.A.)).

[19] The subject matter of the **Crown Proceeding Act** is the liability of the Crown in the ordinary sense. Section 2 reads:

Liability of government

2 Subject to this Act,

(a) proceeding against the government by way of petition of right is abolished,

(b) a claim against the government that, if this Act had not been passed, might be enforced by petition of right, subject to the grant of a fiat by the Lieutenant Governor, may be enforced as of right by proceeding against the government in accordance with this Act, without the grant of a fiat by the Lieutenant Governor,

(c) the government is subject to all the liabilities to which it would be liable if it were a person, and

(d) the law relating to indemnity and contribution is enforceable by and against the government for any liability to which it is subject, as if the government were a person.

[20] Although the point was not fully argued before us, it would seem that s. 19 of the **Judicial Review Procedure Act** refers to the **Crown Proceeding Act** to harmonize the power to issue an injunction or a declaration with the immunity provided in s. 3(2)(a) of the **Crown Proceeding Act**.

- 3(2) Nothing in section 2 does any of the following:
- (a) authorizes proceedings against the government for anything done or omitted to be done by a person acting in good faith while discharging or purporting to discharge responsibilities
 - (i) of a judicial nature vested in the person, or
 - (ii) that the person has in connection with the execution of judicial process;

[21] Section 13 of the *Judicial Review Procedure Act* reads:

13(1) On the application of a party to a proceeding for a declaration or injunction, the court may direct that any issue about the exercise, refusal to exercise or proposed or purported exercise of a statutory power be disposed of summarily, as if it were an application for judicial review.

(2) Subsection (1) applies whether or not the proceeding for a declaration or injunction includes a claim for other relief.

[22] The argument that Her Majesty the Queen is the proper party respondent to a judicial review proceeding proceeds on a fundamental misunderstanding of the origin and nature of the proceeding. Although put in modern dress, judicial review under the *Act* remains in substance the process by which the Sovereign supervises the jurisdiction of a Crown agency. If the agency acted outside its jurisdiction then the Queen's Court remits the matter for proper determination. To name the Sovereign as a party moved against is to place the Sovereign on both sides of the dispute, which is absurd. This was pointed out by Southin J., as she then was, in *Allen v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* (1986), 2 B.C.L.R. (2d) 255 at 260-61, 27 C.C.C. (3d) 519, 42 M.V.R. 25 (S.C.):

Finally, I think it appropriate to point out that the style of these proceedings is not correct.

The petitioner ought not to have added Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia as a respondent. I can only assume he thought that s. 7 of the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, applied. It does not.

Here, the petitioner sought two remedies:

(a) A declaration that s. 24.1 is invalid.

(b) A mandamus to order the Superintendent of Motor Vehicles to issue a driver's licence or to renew the petitioner's existing driver's licence.

As to the first, the proper respondent to a proceeding for a declaration that a statute is unconstitutional is the Attorney General.

As to the second, until the *Judicial Review Procedure Act* was introduced in 1976 [see R.S.B.C. 1979, c. 209] proceedings for mandamus were brought in the name of the Sovereign upon the relation of the citizen. The Sovereign could not then be both applicant and respondent and cannot be a respondent now. Judicial review is simply a modern form of the prerogative writs which were commands by the Sovereign ensuring obedience to the law, it being the Sovereign's right and duty to ensure that obedience: see the Crown Office Rules (Civil) of the *Supreme Court Rules*, 1943, and the *Supreme Court Rules*, 1961, O.LIX.

The style of cause of these proceedings is to be amended by striking out Her Majesty as a respondent and substituting the Attorney General of British Columbia.

[Emphasis added]

[23] In Jones and de Villars, *Principles of Administrative Law*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2004), the learned authors describe the history in this way:

The "prerogative" nature of the remedies derives from the fact that they were issued by the Crown to control the actions of its servants taken in its name. In time, the Crown delegated these remedies to the superior courts. Royal writs were used to compel the administrators to come before the courts to justify their actions.

Traditionally, the proper nomenclature for a prerogative remedy was "*R. v. Delegate; Ex parte Applicant*". In the first stage of what was a two-step procedure, the applicant applied for the writ *ex parte*, based on an affidavit indicating the applicant's knowledge, information or belief about the invalidity of the delegate's decision. The writ was issued if there was a *prima facie* case of illegality (although this was not required if the Crown itself was the applicant). The delegate was required by the writ to come to court to justify its actions. The second stage of the procedure involved an application at which the court determined the issue of illegality. If illegality was demonstrated, the court would generally issue an order for the respective prerogative remedy. However, the court always retained the discretion to refuse to issue such an order even if the case was made out by the applicant.

[Footnotes omitted]

[24] The substance of judicial review is the prerogative superintendence of jurisdiction. The substance was not changed by the *Judicial Review Procedure Act. **Smithers v. Olsen*** (1985), 60 B.C.L.R. 377 (C.A.) at para. 15; see also *Hollinger Bus Lines*, *supra*, at 171-72 where it was said:

Now the old prerogative writs of prohibition and *certiorari* have been abolished in this Province and a new and simpler procedure has been authorized for obtaining the relief that was made available by those writs. The change in procedure, however, has not altered the nature of the relief. It is still *certiorari* or prohibition.

In *Rex v. Titchmarsh* [(1914), 32 O.L.R. 569], Riddell J. said, at p. 577: "The whole proceeding of removal into a Court where the King may be 'certified' is the *certiorari*; the means by which his order is made known is the writ. So long as by some means the record, etc. are got before the King, the means is unimportant, the effect is the same. If the King were to (effectively) change his method of procedure and cause the record etc. to come into his Court by some other process than by signifying his pleasure by a writ, surely that could not be called an abolition of *certiorari*, although the writ might be abolished."

In this conception of *certiorari* it is plain that the relief thereby made available is of a type distinct and apart from the relief obtainable in an ordinary action.

[25] Bouck J. dismisses the reasoning in *Allen* as anachronistic and out of step with the *Crown Proceeding Act*. For the above reasons I respectfully disagree with him on both points.

[26] I move now to consider the position of the Attorney General in judicial review proceedings. At common law the Attorney General represents the Crown in the matter of the public interest. I refer to the third edition of *Halsbury's Laws of England*, (3d ed., vol. 7 (London: Butterworths, 1954) at 382-83, paras. 806-07):

The Attorney-General represents the Crown in the courts in all matters in which rights of a public character come into question (c). He must be plaintiff in any civil proceedings by the Crown unless an authorised government department sues in its own name and may be defendant in any civil proceedings against the Crown unless an authorised government department is clearly the appropriate defendant (d). He is a necessary party to the assertion of public rights even where the moving party is a private individual (e); though it is otherwise where a public body has a private right of action peculiar to itself, as, for example, for maintaining the quality of a commodity supplied to the public (f). The Attorney-General can be sued, as representing the Crown, for a declaration of right (g).

[27] The *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1996, c. 22, lists as one of the duties and powers of the office:

2(i) ... the regulation and conduct of all litigation for or against the government or a ministry in respect of any subjects within the authority or jurisdiction of the legislature, ...

[28] The notice requirements in the *Judicial Review Procedure Act* provide:

Notice to decision maker and right to be a party

15(1) For an application for judicial review in relation to the exercise, refusal to exercise, or proposed or purported exercise of a statutory power, the person who is authorized to exercise the power

- (a) must be served with notice of the application and a copy of the petition, and
- (b) may be a party to the application, at the person's option.

(2) If 2 or more persons, whether styled a board or commission or any other collective title, act together to exercise a statutory power, they are deemed for the purpose of subsection (1) to be one person under the collective title, and service, if required, is effectively made on any one of those persons.

Notice to Attorney General

16(1) The Attorney General must be served with notice of an application for judicial review and notice of an appeal from a decision of the court with respect to the application.

(2) The Attorney General is entitled to be heard in person or by counsel at the hearing of the application or appeal.

[29] It is said on behalf of the Attorney General that when he appears at a judicial review hearing he is not a party, and it follows therefore that he cannot be ordered to pay costs because he is not a party. It is submitted that while s. 15(1)(b) allows the tribunal the option to appear as a party, no such language describes the position of the Attorney General in s. 16 thus evincing an intention of the Legislature not to put the Attorney General in the position as a party. I am unable to accept these propositions.

[30] It is common practice for the Attorney General to appear for himself and as the legal representative of the tribunal. In that way he can address both matters of public interest and defend the jurisdiction of the tribunal. I am of the opinion that

when the Attorney General appears in his own right he is a party, although I do not think that determines his liability for costs.

[31] Reading the *Judicial Review Procedure Act* together with the *Rules of Court*, I think that when the Attorney General files an appearance he becomes a "party of record" within the meaning of the definition section of the *Rules*. The *Rules* do not define "party" but in Rule 1(8):

(8) In these rules, unless the context otherwise requires:

* * *

"party of record" means a person who has

- (a) commenced a proceeding,
- (b) filed an appearance,
- (c) [*Repealed. B.C. Reg. 161/98, s. 1(c).*], or
- (d) filed a third party notice as an insurer under the *Insurance Act* or the *Insurance (Motor Vehicle) Act*;

[Emphasis added]

[32] Rule 63 entitled "Crown Practice Rules in Civil Matters" provides:

Originating application

63(1) Applications for relief in the nature of mandamus, prohibition, certiorari or habeas corpus are governed by these rules and must be commenced by petition under Rule 10.

Writs abolished

(2) No writ of mandamus, prohibition, certiorari or habeas corpus shall be issued, but all necessary directions shall be made by order.

Person affected may take part in proceeding

(3) The court may order that a person who may be affected by a proceeding for an order in the nature of mandamus may take part in the proceeding to the same extent as if served with the petition.

[33] The relevant parts of Rule 10 are:

Originating application by petition

(3) Subject to subrule (2), a person wishing to bring an originating application must file a petition in Form 3. [am. B.C. Reg. 367/2000, s. 3.]

Service

(4) Unless these rules provide otherwise, a copy of the petition and of each affidavit in support must be served on all persons whose interests may be affected by the order sought. [am. B.C. Reg. 367/2000, s. 3.]

Response

(5) A respondent who wishes to receive notice of the time and date of the hearing of the petition or to respond to it must, in addition to complying with Rule 14 (1) (b), deliver to the petitioner 2 copies, and to every other party of record one copy, of

- (a) a response in Form 124, and
- (b) each affidavit on which the respondent intends to rely. [am. B.C. Reg. 367/2000, s. 3.]

Time for response

(6) A respondent must deliver the documents referred to in subrule (5) on or before the 8th day after the date on which the respondent entered an appearance. [am. B.C. Reg. 367/2000, s. 3.]

[34] Form 3 sets out the style in which the petition should be drawn:

No. _____
_____ Registry

In the Supreme Court of British Columbia

Between

, Petitioner(s)

and

, Respondent(s)

[or, where there is no person against whom relief is sought:

Re (State the person by whom, or the entity in respect of which relief is sought).]

[35] The style of cause in judicial review proceedings suggested by McLachlin and Taylor, *British Columbia Court Forms*, Vol. 1 (Butterworths: July 2002), Service Issue 36, appears as follows:

No. [number]
[place name] Registry

IN THE SUPREME COURT OF BRITISH COLUMBIA

Re: The decision of [name of tribunal] in [describe proceeding, preferably identified by reference to name of Petitioner and where applicable, Respondent(s)] [1]

OR

BETWEEN

[name of Party seeking to have the decision reviewed]

PETITIONER

AND

[name of other Party(ies) in original proceeding]

RESPONDENT

[36] The form is followed by this note at p. 55:

Referenced to Precedent

1. The above formulation has the advantage of identifying the tribunal whose decision is to be reviewed. The conventional Petitioner/Respondent formulation does not allow identification of the tribunal because the role of an administrative tribunal whose decision

is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, is limited to an explanatory role with reference to the record before the tribunal and to the making of representations relating to jurisdiction: the tribunal is given *locus standi* as a participant in the nature of an *amicus curiae* but not as a Party: *Northwestern Utilities Ltd and the Public Utilities Board of the Province of Alberta v The City of Edmonton* [1979] 1 SCR 684 at 708-709, 89 DLR (3d) 161. In addition, it is often the case that relief is sought by the Petitioner against the tribunal rather than another Party to the proceedings, in which case, the alternative instructions in Form 3 of Appendix A ("Re (State the person by whom, or the entity in respect of which relief is sought)" should be followed, as has been done in the suggested Style of Proceeding.

[Emphasis added]

[37] The learned authors do not suggest that at the initiating stage either the Attorney General or the Crown in the name of Her Majesty the Queen should be named.

[38] The style of cause may not be static through the course of the proceedings, it depends on the response from those given notice of the petition. Rule 10(5), quoted above, calls upon a respondent (someone who has received notice of the petition) to deliver a response in Form 124. Form 124 reads:

[Style of Proceeding]

RESPONSE OF [name of respondent]

The respondent does not oppose the granting of the relief set out in the following paragraphs of the petition (or notice of motion): *[set out paragraph numbers]*.

The respondent opposes the granting of the relief set out in the following paragraphs of the petition (or notice of motion): *[set out paragraph numbers]*.

The respondent consents to the granting of the relief set out in the following paragraphs of the petition (or notice of motion) on the following terms: *[set out paragraph numbers and any proposed terms]*.

The respondent will rely on the following affidavits and other documents: [set out affidavits delivered with this response and any other affidavits or other documents already in the court file on which the respondent will rely].

The respondent estimates that the application will take minutes.

Dated: _____

Respondent (or respondent's solicitor)

[39] When the Attorney General files a response, as he did in each of the instant cases, he ensures that he will receive notice of the hearing of the petition. He also acquires standing to address the matters to which he refers in the response. By s. 15 of the *Judicial Review Procedure Act* he automatically has standing to speak to matters of the public interest, whether or not he files a response. In my view, by filing a response the Attorney General becomes a party, or at least a party of record (if there is any real difference for the purposes of this case, which I doubt). Thus I reject the Attorney General's submission that he is never a party when he participates in the manner provided in the *Judicial Review Procedure Act* and the *Rules*. However, his special status must not be ignored when it comes to costs. When the Attorney General presents submissions on the public interest he speaks on behalf of everyone and does not take sides. When the Attorney General defends the tribunal the petitioner can look to the tribunal for costs, assuming the claim for costs falls within the narrow limits discussed below. Hypothetically, the Attorney General could expose himself to costs if the tribunal does not file a response and the Attorney General purports to appear only in the public interest but in fact argues the tribunal's case.

[40] I now consider an argument concerning both the Attorney General and the tribunal to the effect that no order of costs can be made in relation to either unless the Legislature has made an appropriation to cover the expenditure. The authorities cited in support of this contention do not in my opinion have any application to the present matter. They deal with the imposition of new and unanticipated expenditures on a public body. In my opinion, it can be fairly assumed that the Attorney General, as the officer with the responsibility for all litigation involving the government, has a budget for court costs; and likewise the Superintendent, whose many determinations are subject to court challenge.

[41] The leading case on this topic is *Auckland Harbour Board v. The King*, [1924] A.C. 318 (P.C.). There the issue related to compensation for land taken for railway purposes where no appropriation was made for the payment. The Privy Council dismissed the appeal from a decision that the payment should be recovered. The judgment was given by Viscount Haldane who said at 326-27:

For it has been a principle of the British Constitution now for more than two centuries, a principle which their Lordships understand to have been inherited in the Constitution of New Zealand with the same stringency, that no money can be taken out of the consolidated Fund into which the revenues of the State have been paid, excepting under a distinct authorization from Parliament itself. The days are long gone by in which the Crown, or its servants, apart from Parliament, could give such an authorization or ratify an improper payment. Any payment out of the consolidated fund made without Parliamentary authority is simply illegal and *ultra vires*, and may be recovered by the Government if it can, as here, be traced.

[42] In *R. v. Savard* (1996), 106 C.C.C. (3d) 130, 47 C.R. (4th) 281 (Y.T.C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1997] 1 S.C.R. xi, Rowles J.A. for the majority (Wood J.A. dissenting) wrote at para. 113:

My opinion is that, in the absence of express language requiring government to pay counsel who represent an accused pursuant to an order made under s. 672.24, the fundamental principle the courts have applied in regard to the expenditure of public funds, as set out in *Auckland Harbour Board v. The King, supra*, must be respected. Thus I conclude that Stuart T.C.J. exceeded his jurisdiction in expressly ordering the Attorney General of Canada to pay Mr. La Flamme fees, and that Maddison J. erred in declining to set aside the order.

[43] Unlike compensation for expropriation in *Auckland Harbour Board* or the *ad hoc* expansion of a legal aid program in *Savard*, court awarded costs in litigation are commonplace expenditures and just part of doing the business of the Attorney General's ministry and the Motor Vehicle Branch.

THE TRIBUNAL

[44] As mentioned, it has been held that the adjudicator exercises a quasi-judicial function which attracts the patently unreasonable standard of review: *Gordon, supra, Pointon, supra*.

[45] It follows that the Superintendent whose powers are delegated to the adjudicator enjoys the traditional immunity protecting quasi-judicial tribunals.

[46] The parties agree that the immunity extends to costs, subject only to certain exceptions.

[47] In *Brown and Evans, Judicial Review of Administrative Action in Canada* (Toronto: Canvasback, 1998-), the learned authors write:

5:2560 *Costs Payable by or to the Administrative Agency*

Generally, an administrative tribunal will neither be entitled to nor be ordered to pay costs, at least where there has been no misconduct or lack of procedural fairness on its part. As one court has noted:

It has been recognized... that, contrary to the normal practice, costs do not necessarily follow the event where administrative or quasi-judicial tribunals are concerned. They may be awarded only in unusual or exceptional cases, and then only with caution... where the tribunal has acted in good faith and conscientiously throughout, albeit resulting in error, the reviewing tribunal will not ordinarily impose costs... I am of the view that the circumstances which prevail here do not warrant an order for costs against the commission [*St. Peters Estates Ltd. v. Prince Edward Island (Land Use Commn.)* (1991), 2 Admin. L.R. (2d) 300 at 302-04 (PEITD)].

However, costs have been awarded against an administrative tribunal where it cast itself in an adversarial position, acted capriciously in ignoring a clear legal duty, made a questionable exercise of state power, effectively split the case so as to generate unnecessary litigation, manifested a notable lack of diligence, or was the initiator of the litigation in question, or where bias among tribunal members had necessitated a new hearing. However, generally only *court* costs, and not costs associated with the entire administrative proceeding, are assessed where there has been misconduct on the part of the tribunal.

Costs were also ordered against a chief judge whose order relocating the applicant to a different district because he disapproved of his decision was set aside as in breach of judicial independence. Otherwise, judges would be discouraged from discharging their duties to uphold constitutional rights.

[Emphasis added, footnotes omitted]

[48] For the purposes of this case it is enough to identify two exceptions:

1. misconduct or perversity in the proceedings before the tribunal;
or
2. the tribunal argues the merits of a judicial review application rather than its own jurisdiction.

[49] Applying the second exception may not always be clear cut. There are at least two reasons for this. First, the review by the adjudicator under the scheme in question does not conform to the classic adversarial model where opposing parties argue for and against the decision in question. The peace officer's report is the case, so to speak, for the prohibition, and there is no argumentation back and forth before the adjudicator as there would be in a conventional hearing. This feature may create a tendency on the part of the tribunal, or the Attorney General on its behalf, to argue the case for the prohibition at judicial review. The tendency should be resisted, otherwise costs may be awarded.

[50] Secondly, the traditional restriction against the tribunal's arguing the merits of its own decision, articulated clearly and emphatically in cases like *Canada Labour Relations Board v. Transair*, [1977] 1 S.C.R. 722, 67 D.L.R. (3d) 421, and *Northwestern Utilities Ltd. v. Edmonton (City)*, [1979] 1 S.C.R. 684, 89 D.L.R. (3d) 161, has been relaxed somewhat by the decision in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, 62 D.L.R. (4th) 437. *Paccar* permits the tribunal to demonstrate that its decision was not patently unreasonable.

[51] In *Northwestern Utilities Ltd.*, Estey J. writing for the Court said at 709-10:

It has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction. (*Vide The Labour Relations Board of the Province of New Brunswick v. Eastern Bakeries Limited et al.* [[1961] S.C.R. 72]; *The Labour Relations Board of Saskatchewan v. Dominion Fire Brick and Clay Products Limited et al.* [[1947] S.C.R. 336].) Where the right to appear and present arguments is granted, an administrative tribunal would be well advised to adhere to the principles enunciated by Aylesworth J.A. in *International Association of Machinists v. Genaire Ltd. and Ontario Labour Relations Board* [(1958), 18 D.L.R. (2d) 588], at pp. 589, 590:

Clearly upon an appeal from the Board, counsel may appear on behalf of the Board and may present argument to the appellate tribunal. We think in all propriety, however, such argument should be addressed not to the merits of the case as between the parties appearing before the Board, but rather to the jurisdiction or lack of jurisdiction of the Board. If argument by counsel for the Board is directed to such matters as we have indicated, the impartiality of the Board will be the better emphasized and its dignity and authority the better preserved, while at the same time the appellate tribunal will have the advantage of any submissions as to jurisdiction which counsel for the Board may see fit to advance.

Where the parent or authorizing statute is silent as to the role or status of the tribunal in appeal or review proceedings, this Court has confined the tribunal strictly to the issue of its jurisdiction to make the order in question. (*Vide Central Broadcasting Company Ltd. v. Canada Labour Relations Board and International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union No. 529* [[1977] 2 S.C.R. 112].)

[52] In holding that the review test was patent unreasonableness, Mackenzie J.A.

for the Court in *Gordon* said at para. 28:

In my view, a consideration of the pragmatic and functional approach outlined in *Pushpanathan* [*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982] supports the conclusion that the decision of an adjudicator should only be overturned if it is patently unreasonable. While adjudicators do not have a particularly high level of expertise relative to their judicial counterparts *vis-à-vis* the *indicia* of impaired driving, the specificity of

their mandate and training, as well as the broad public protection purposes embodied in the *Act*, indicate that the question raised under s. 94.4 is one that was intended by the legislators to be left to the exclusive decision of the Superintendent of Motor Vehicles and his delegates.

[53] *Paccar* allows the tribunal some latitude to speak to its decision at judicial review. This is what La Forest J. said at 1016:

In *British Columbia Government Employees' Union v. Industrial Relations Council* (unreported, B.C.C.A., May 24, 1988), the British Columbia Court of Appeal held that the Industrial Relations Council had the right to make the submissions that the court below had erred in substituting its judgment for that of the Industrial Relations Council, and that the court erred in finding the Council's interpretation of the Act to be patently unreasonable. In the course of his judgment, Taggart J.A. for the court made the following statement with which I am in complete agreement, at p. 13:

The traditional basis for holding that a tribunal should not appear to defend the correctness of its decision has been the feeling that it is unseemly and inappropriate for it to put itself in that position. But when the issue becomes, as it does in relation to the patently unreasonable test, whether the decision was reasonable, there is a powerful policy reason in favour of permitting the tribunal to make submissions. That is, the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area. In some cases, the parties to the dispute may not adequately place those considerations before the court, either because the parties do not perceive them or do not regard it as being in their interest to stress them.

[Emphasis added]

[54] When read closely, the passage adopted by La Forest J. does not in my view provide the tribunal a broad opportunity to argue the merits. The matters before the adjudicator, breathalyzer analysis and refusing a breath sample demand, are hardly

unfamiliar to the regular courts and so it will seldom be necessary for the tribunal to expose some arcane or esoteric feature of the case in order to understand why it arrived at its decision. While the line between arguing the merits and explaining the record is somewhat blurry when the test is patent unreasonableness, there remains a boundary which must be observed. It will be up to the judgment of the reviewing judge in each case to determine if the tribunal, or the Attorney General on its behalf, has gone too far.

THE COSTS AWARDS

(a) Corbett

[55] Double costs were awarded on the basis that Corbett delivered an offer to settle. This was in my respectful opinion an error for two reasons. First, neither the adjudicator nor the Attorney General can be treated as ordinary litigants with respect to costs. I refer to my earlier description of the special nature of judicial review and the absence of a true *lis* between the petitioner on the one hand and the Attorney General and the tribunal on the other. It is in my view inappropriate to give effect to an offer to settle when the parties referred to in the offer are not adverse in interest and the only question is the jurisdiction of the tribunal. Second, there was no contest of any kind at this judicial review hearing. The Crown consented to an order sending the matter back to the adjudicator to conduct a hearing free of the error identified in *Dennis*. I would set aside the order of costs.

(b) Feddersen

[56] The award of costs in *Feddersen* can be supported on the basis of the first exception to the rule of immunity. The reviewing judge found misconduct on the part of the adjudicator. I refer to the judge's reasons at para. 44:

I conclude that a reasonable apprehension of bias arises on a review of the adjudicator's reasons. My reasons follow:

1) The adjudicator considered the written arguments presented by the petitioner's legal counsel. In her reasons she says: "your lawyer submits that the police just fill in blanks not using their own words to describe the incident". Her reasons go on to say: "I also note that the police evidence is in the constable's own words. Your affidavit is not in your own words, as your lawyer stated in his submission and as you stated in your affidavit." This passage suggests that the adjudicator gave greater weight to the officer's report than the applicant's affidavit based on the fact that one was handwritten and the other was typed. This indicates bias.

Moreover, her words are not a response to counsel's argument, but a retort. It is defensive in tone, and reveals the absence of an open mind.

My view is reinforced by the adjudicator's treatment of the 'evidence' she relied upon to find that the petitioner was in care or control of a vehicle. She treated her own inferences as evidence of care or control of a motor vehicle, when an inference that the petitioner's cooperation established that he was not in care or control, i.e. that he 'blew' because he knew he was not in care or control and thus had nothing to worry about, would be equally available. This indicates a lack of neutrality.

[57] The order in question provides that the respondent (singular) pay the petitioner's costs, even though the style of cause shows both the Superintendent and the Attorney General as respondents. The order should be read as applying

only to the Superintendent, there being no reason to impose costs on the Attorney General.

(c) **Lang**

[58] The question in **Lang** was whether the report from the peace officer was so fundamentally defective that the proceedings before the adjudicator were a nullity. The reviewing judge found that the report was defective because it did not indicate whether the prohibition was based on Lang's blood alcohol reading or a refusal to give a breath sample. Applying a *strictissimi juris* approach the judge effectively concluded that the adjudicator had no jurisdiction to embark on the inquiry.

[59] It does not appear that the argument by the Attorney General on behalf of the adjudicator went beyond questions of jurisdiction. Neither has it been shown that by proceeding on the peace officer's report the adjudicator was guilty of misconduct or perversity. I would set aside the order of costs.

(d) **Lucas**

[60] Like **Corbett**, the adjudication of Lucas' case suffered from the **Dennis** error and accordingly the Attorney General consented to an order remitting the case. Unlike **Corbett**, there was no offer to settle. The reviewing judge awarded costs payable on Scale 3.

[61] I would set aside the order for the same reasons given in relation to **Corbett**.

DISPOSITION

[62] I would allow the appeals in *Corbett*, *Lang* and *Lucas* and set aside the orders of costs. I would dismiss the appeal in *Feddersen*.

“The Honourable Mr. Justice Donald”

I Agree:

“The Honourable Madam Justice Newbury”

I Agree:

“The Honourable Mr. Justice Low”

Federal Court of Appeal



Cour d'appel fédérale

Date: 20140319

Docket: A-279-13

Citation: 2014 FCA 76

2014 FCA 76 (CanLII)

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-clause 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 9

Ontario Energy Board *Appellant*

v.

**Ontario Power Generation Inc.,
Power Workers' Union, Canadian Union
of Public Employees, Local 1000 and
Society of Energy Professionals** *Respondents*

and

Ontario Education Services Corporation
Intervener

INDEXED AS: ONTARIO (ENERGY BOARD) v.
ONTARIO POWER GENERATION INC.

2015 SCC 44

File No.: 35506.

2014: December 3; 2015: September 25.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Public utilities — Electricity — Rate-setting decision by utilities regulator — Utility seeking to recover incurred or committed compensation costs in utility rates set by Ontario Energy Board — Whether Board bound to apply particular prudence test in evaluating utility costs — Whether Board's decision to disallow \$145 million in labour compensation costs related to utility's nuclear operations reasonable — Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(5), (6).

Administrative law — Boards and tribunals — Appeals — Standing — Whether Ontario Energy Board acted improperly in pursuing appeal and in urging in favour of reasonableness of its own decision — Whether

Commission de l'énergie de l'Ontario
Appelante

c.

**Ontario Power Generation Inc.,
Syndicat des travailleurs et travailleuses
du secteur énergétique, Syndicat canadien
de la fonction publique, section locale 1000 et
Society of Energy Professionals** *Intimés*

et

**Corporation des services en éducation
de l'Ontario** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ : ONTARIO (COMMISSION DE
L'ÉNERGIE) c. ONTARIO POWER GENERATION INC.

2015 CSC 44

N° du greffe : 35506.

2014 : 3 décembre; 2015 : 25 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Services publics — Électricité — Décision d'un organisme de réglementation des services publics relative-
ment à l'établissement de tarifs — Demande d'un service
public en vue d'obtenir le recouvrement de dépenses de
rémunération faites ou convenues grâce aux tarifs établis
par la Commission de l'énergie de l'Ontario — La Com-
mission avait-elle l'obligation d'employer une méthode
particulière axée sur la prudence pour apprécier les
dépenses du service public? — Le refus de la Commis-
sion d'approuver 145 millions de dollars au titre des dé-
penses de rémunération liées aux installations nucléaires
du service public était-il raisonnable? — Loi de 1998
sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998,
c. 15, ann. B, art. 78.1(5), (6).*

*Droit administratif — Organismes et tribunaux ad-
ministratifs — Appels — Qualité pour agir — La Com-
mission de l'énergie de l'Ontario a-t-elle agi de manière
inappropriée en se pourvoyant en appel et en faisant valoir*

Board attempted to use appeal to “bootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of the costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. The Board disallowed certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry. A majority of the Ontario Divisional Court dismissed OPG’s appeal and upheld the decision of the Board. The Court of Appeal set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons.

The crux of OPG’s argument here is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decision to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. The Board on the other hand argues that a particular prudence test methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not committed nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision, arguing that the Board’s aggressive and adversarial defence of its decision was improper, and the Board attempted to use the appeal to bootstrap its original decision by making additional arguments on appeal. The Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decision on appeal.

le caractère raisonnable de sa propre décision? — A-t-elle tenté de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale?

En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que le service public touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. La Commission a refusé certains paiements sollicités par Ontario Power Generation (« OPG ») dans sa décision sur la demande d’établissement des tarifs pour la période 2011-2012. Elle a en fait refusé à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération liées aux installations nucléaires du service public au motif que ces dépenses étaient en rupture avec celles d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie. Les juges majoritaires de la Cour divisionnaire de l’Ontario ont rejeté l’appel d’OPG et confirmé la décision de la Commission. La Cour d’appel a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs.

La thèse d’OPG en l’espèce veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission prétend pour sa part que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode fondée sur le principe de la prudence et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses convenues, mais bien des dépenses prévues.

OPG exprime en outre des préoccupations sur la participation de la Commission à l’appel de sa propre décision et fait valoir que la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée et que l’organisme a tenté de se servir de l’appel pour s’auto-justifier en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale. La Commission soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justesse de ses décisions portées en appel.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed. The decision of the Court of Appeal is set aside and the decision of the Board is reinstated.

Per McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ.: The first issue is the appropriateness of the Board's participation in the appeal. The concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision should not be read to establish a categorical ban. A discretionary approach provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis. Because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. Further, some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court ensure it has heard the best of both sides of a dispute. The following factors are relevant in informing the court's exercise of its discretion: statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal and the mandate of the tribunal, that is, whether the function of the tribunal is to adjudicate individual conflicts between parties or whether it serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest. The importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily against tribunal standing where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding. Tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

Consideration of these factors in the context of this case leads to the conclusion that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. The Board was the only respondent in the initial review of its decision. It had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Also, the Board was exercising

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli. La décision de la Cour d'appel est annulée et celle de la Commission est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Gascon : Se pose en premier lieu la question du caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. Les préoccupations relatives à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes. Vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Qui plus est, dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige. Les considérations suivantes permettent de délimiter l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de révision : les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission du tribunal en cause et le mandat du tribunal, à savoir si sa fonction consiste soit à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou à enquêter, ou à défendre l'intérêt public. L'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage contre la reconnaissance de la qualité pour agir du tribunal administratif qui a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance. Il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

L'application de ces principes à la situation considérée en l'espèce mène à la conclusion qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. La Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision

a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. In this case, the Board's participation in the instant appeal was not improper.

The issue of tribunal "bootstrapping" is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns the types of argument a tribunal may make, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments. A tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal. A tribunal may not defend its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review. The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, absent a power to vary its decision or rehear the matter, it cannot use judicial review as a chance to amend, vary, qualify or supplement its reasons. While a permissive stance towards new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. In this case, the Board did not impermissibly step beyond the bounds of its original decision in its arguments before the Court. The arguments raised by the Board on appeal do not amount to impermissible bootstrapping.

The merits issue concerns whether the appropriate methodology was followed by the Board in its disallowance of \$145 million in labour compensation costs sought by OPG. The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less. In order to ensure the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and

soit défendue au fond. Aussi, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Sa participation au pourvoi n'avait rien d'inapproprié en l'espèce.

La question de l'« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif est en droit d'agir comme partie à l'appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la qualité pour agir d'un tribunal, c'est décider de ce qu'il peut faire valoir, alors que l'autojustification touche à la teneur des prétentions. Un tribunal s'autojustifie lorsqu'il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire. Un tribunal ne peut défendre sa décision en invoquant un motif qui n'a pas été soulevé dans la décision faisant l'objet du contrôle. Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu'il a tranché les questions dont il était saisi et qu'il a motivé sa décision, à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire, un tribunal ne puisse profiter d'un contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. Même s'il est dans l'intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, la cour de révision étant alors saisie des arguments les plus convaincants à l'appui de chacune des thèses, autoriser l'autojustification risque de compromettre l'importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Dans la présente affaire, la Commission n'a pas indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant la Cour. Les arguments qu'elle a invoqués en appel n'équivalent pas à une autojustification inadmissible.

La question de fond est celle de savoir si la Commission a employé une méthode appropriée pour refuser à OPG le recouvrement de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération. L'approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu'un service public peut recouvrer rend compte de l'équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l'investissement dans une infrastructure robuste et protéger l'intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l'équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins. Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en

utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. However, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable. It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — but it cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

The issue is whether the Board was bound to use a no-hindsight, presumption of prudence test to determine whether labour compensation costs were just and reasonable. The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. However, there is no support in the statutory scheme for the notion that the Board should be required as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998* to apply the prudence test such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts.

Where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator’s choice of methodology. Here, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood

capital. Ainsi, le consommateur a l’assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l’assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

La *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prescrit pas la méthode que doit utiliser la Commission pour soupeser les intérêts respectifs du service public et du consommateur lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Suivant cette loi, il incombe cependant au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables. Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision du service public de faire les dépenses était prudente. La Commission jouit d’un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d’arrêter la méthode à employer dans l’examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu’établit le régime législatif.

La question à trancher est celle de savoir si la Commission était tenue à l’application d’un critère excluant le recul et présumant la prudence pour décider si les dépenses de rémunération du personnel étaient justes et raisonnables. Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Toutefois, aucun élément du régime législatif n’appuie l’idée que la Commission devrait être tenue en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier des dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers moyens d’analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l’espèce, l’organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements.

Lorsque l’organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue. Dans la présente affaire, il convient mieux de voir dans

as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, the Board was not bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. It is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. Applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost.

In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs and disallowing them. Since the costs at issue are operating costs, there is little danger that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. Further, the costs at issue arise in the context of an ongoing repeat-player relationship between OPG and its employees. Such a context supports the reasonableness of a regulator's decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The Board's decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees. It was not unreasonable

les dépenses de rémunération dont le recouvrement a été refusé à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu'elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux de ses syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu'OPG conservait une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l'attrition projetée de l'effectif. Il est déraisonnable de considérer qu'il s'agit en totalité de dépenses prévues. Cependant, la Commission n'était pas tenue d'appliquer un principe de prudence donné pour apprécier ces dépenses. Il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Présumer la prudence aurait été incompatible avec le fardeau de la preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses.

Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG de ces dépenses et en refusant le recouvrement de celles-ci. Puisque les dépenses en cause sont des dépenses d'exploitation, il est peu probable que le refus essuyé dissuade OPG de faire de telles dépenses à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles dont le recouvrement a été refusé sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Aussi, les dépenses en cause découlent d'une relation continue entre OPG et ses employés. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l'organisme de réglementation de soupeser toute preuve qu'il juge pertinente aux fins d'établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s'en tenir à une approche excluant le recul. Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de

for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into one category or the other.

The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance. Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

Per Abella J. (dissenting): The Board's decision was unreasonable because the Board failed to apply the methodology set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts. It both ignored the legally binding nature of the collective agreements between Ontario Power Generation and the unions and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible.

The Board stated in its reasons that it would use two kinds of review in order to determine just and reasonable payment amounts. As to "forecast costs", that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided, the Board explained that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus would be on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable. A different approach, however, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it would evaluate these costs using a "prudence review". The application of a prudence review does not shield

rémunération d'un service public. La Commission n'entend aucunement, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés syndiqués. Il n'était pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre de ces catégories.

Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il visait à signifier clairement à OPG qu'il lui incombait d'accroître sa performance. L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

La juge Abella (dissidente) : La Commission a rendu une décision déraisonnable en ce qu'elle n'a pas appliqué la méthode qu'elle avait elle-même établie pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables. Elle a à la fois méconnu le caractère contraignant en droit des conventions collectives liant Ontario Power Generation et les syndicats et omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles.

Dans ses motifs, la Commission a dit recourir à deux examens pour arrêter le montant de paiements justes et raisonnables. En ce qui concerne les « dépenses prévues », soit celles à l'égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu'il peut toujours réduire ou éviter, la Commission a expliqué qu'elle examinait ces dépenses au regard d'une vaste gamme d'éléments de preuve et qu'il incombait au service public d'en démontrer le caractère raisonnable. Cependant, une démarche différente était suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission a expliqué

these costs from scrutiny, but it does include a presumption that the costs were prudently incurred.

Rather than apply the methodology it set out for itself, however, the Board assessed *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which there is no opportunity for the company to take action to reduce. The Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments. The agreements therefore did not just leave the utility with limited flexibility regarding overall compensation or staffing levels, they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

The Board, however, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of all its compensation costs and concluded that it had failed to provide compelling evidence or documentation or analysis to justify compensation levels. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had no opportunity to reduce, it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility's commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast

qu'elle appréciait ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence ». L'application du principe de la prudence ne soustrait pas ces dépenses à tout examen, mais elle présume que les dépenses ont été faites de manière prudente.

Toutefois, au lieu d'appliquer la méthode qu'elle avait elle-même établie, la Commission a considéré *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables sans se demander s'il s'agissait en partie de dépenses pour lesquelles la société ne pouvait prendre de mesures de réduction. Par son omission d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission a méconnu à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire. Ces conventions ne laissaient pas seulement au service public peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

Or, en appliquant la méthode qu'elle avait dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission a en fait obligé Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de toutes ses dépenses de rémunération et a conclu que l'entreprise n'avait présenté ni preuve convaincante, ni documents ou analyses qui justifiaient les barèmes de rémunération. Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle avait dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

Il se peut fort bien qu'Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d'attrition ou grâce à d'autres mécanismes qui ne vont pas à l'encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent

costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board's decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation's compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility's discretion. Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect.

Selecting a test which is more likely to confirm the Board's assumption that collectively-bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes the appearance of an ideologically-driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not. While the Board has wide discretion to fix payment amounts that are just and reasonable and, subject to certain limitations, to establish the methodology used to determine such amounts, once the Board establishes a methodology, it is, at the very least, required to faithfully apply it.

Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be unable to know how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was unreasonable.

donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission n'a toutefois tiré aucune conclusion de fait sur l'étendue d'une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n'indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d'Ontario Power Generation étaient fixes et dans quelle proportion elles demeuraient assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu'Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l'absence de toute preuve en ce sens.

En choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l'hypothèse de la Commission selon laquelle les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se méprend sur l'objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l'on *suppose* constituer des dépenses excessives revient à substituer ce qui a l'apparence d'une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d'une méthode d'analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas. Même si la Commission jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont justes et raisonnables et, à l'intérieur de certaines limites, de définir la méthode utilisée pour établir le montant de ces paiements, dès lors qu'elle a établi une telle méthode, elle doit à tout le moins l'appliquer avec constance.

En l'absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation ne peut savoir comment déterminer les dépenses et les investissements à faire et de quelle manière les soumettre à l'examen de la Commission. Passer sporadiquement d'une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l'on prétend appliquer crée de l'incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu'il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s'y ajuster. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

The appeal should accordingly be dismissed, the Board's decision set aside, and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Cases Cited

By Rothstein J.

Considered: *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684; **referred to:** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (online: <http://www.ontarioenergy-board.ca/>); *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Attorney General) v. Quadriani*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3; *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93; *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R.

Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et de renvoyer l'affaire à la Commission pour réexamen.

Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

Arrêts examinés : *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; **arrêts mentionnés :** *Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481; *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office nationale de l'Énergie*, 2004 CAF 149; *Ontario Power Generation Inc. (Re)*, EB-2007-0905, November 3, 2008 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309; *Canada (Procureur général) c. Quadriani*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3; *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110; *Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93; *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764; *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989); *U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (1995); *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960]

837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

R.C.S. 837; *Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27; *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227.

By Abella J. (dissenting)

Citée par la juge Abella (dissidente)

Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission, 535 U.S. 467 (2002); *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186; *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923); *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL); *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4; *Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l'Énergie*, 2004 CAF 149.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, ss. 56, 69.
Nuclear Safety and Control Act, S.C. 1997, c. 9.
Ontario Energy Board Act, 1998, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, ss. 1, 33(3), 78.1.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, ss. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [rep. 1973, c. 29, s. 187], s. 16(1)(b).

Lois et règlements cités

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 56, 69.
Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, art. 1, 33(3), 78.1.
Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires, L.C. 1997, c. 9.
Payments Under Section 78.1 of the Act, O. Reg. 53/05, art. 3, 6.
Public Utilities Act, R.S.B.C. 1948, c. 277 [abr. 1973, c. 29, art. 187], art. 16(1)(b).

Authors Cited

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16. Columbus, Ohio: National Regulatory Research Institute, April 1985.
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (online: http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law: Electricity*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
 Falzon, Frank A. V. "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616.

Doctrine et autres documents cités

Burns, Robert E., et al. *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, Columbus (Ohio), National Regulatory Research Institute, April 1985.
 Chaykowski, Richard P. *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG*, file No. EB-2013-0321, exhibit F4-03-01, attachment 1, September 2013 (en ligne : http://www.opg.com/about/regulatory-affairs/Documents/2014-2015/F4-03-01_Attachment%201.pdf).
 Clark, Ron W., Scott A. Stoll and Fred D. Cass. *Ontario Energy Law : Electricity*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2012.
 Falzon, Frank A. V. « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21.
 Jacobs, Laverne A., and Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.

Kahn, Jonathan. "Keep *Hope* Alive: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs" (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. "Administrative Law and Energy Regulation", in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 35.

Ontario. Office of the Auditor General of Ontario. *2011 Annual Report*. Toronto: Queen's Printer, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*. Toronto: Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg, Goudge and Blair J.J.A.), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), setting aside a decision of the Divisional Court (Aitken, Swinton and Hoy J.J.), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), and setting aside a decision of the Ontario Energy Board, EB-2010-0008, March 10, 2011 (online: <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Glenn Zacher, Patrick Duffy and James Wilson, for the appellant.

John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers and Carlton Mathias, for the respondent Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson and Emily Lawrence, for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo and Amanda Darrach, for the respondent the Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, for the intervener.

Kahn, Jonathan. « Keep *Hope* Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43.

Mullan, David. « Administrative Law and Energy Regulation », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 35.

Ontario. Bureau du vérificateur général de l'Ontario. *Rapport annuel 2011*, Toronto, Imprimeur de la Reine, 2011.

Reid, Laurie, and John Todd. « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », in Gordon Kaiser and Bob Heggie, eds., *Energy Law and Policy*, Toronto, Carswell, 2011, 519.

Semple, Noel. « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg, Goudge et Blair), 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, 365 D.L.R. (4th) 247, 307 O.A.C. 109, [2013] O.J. No. 3917 (QL), 2013 CarswellOnt 9792 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (les juges Aitken, Swinton et Hoy), 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, 347 D.L.R. (4th) 355, [2012] O.J. No. 862 (QL), 2012 CarswellOnt 2710 (WL Can.), et une décision de la Commission de l'énergie de l'Ontario, EB-2010-0008, 10 mars 2011 (en ligne : <http://www.ontarioenergyboard.ca/>), 2011 LNONOEB 57 (QL), 2011 CarswellOnt 3723 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Glenn Zacher, Patrick Duffy et James Wilson, pour l'appelante.

John B. Laskin, Crawford Smith, Myriam Seers et Carlton Mathias, pour l'intimée Ontario Power Generation Inc.

Richard P. Stephenson et Emily Lawrence, pour l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000.

Paul J. J. Cavalluzzo et Amanda Darrach, pour l'intimée Society of Energy Professionals.

Mark Rubenstein, pour l'intervenante.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Gascon J.J. was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — In Ontario, utility rates are regulated through a process by which a utility seeks approval from the Ontario Energy Board (“Board”) for costs the utility has incurred or expects to incur in a specified period of time. Where the Board approves of costs, they are incorporated into utility rates such that the utility receives payment amounts to cover the approved expenditures. This case concerns the decision of the Board to disallow certain payment amounts applied for by Ontario Power Generation Inc. (“OPG”) as part of its rate application covering the 2011-2012 operating period. Specifically, the Board disallowed \$145 million in labour compensation costs related to OPG’s nuclear operations on the grounds that OPG’s labour costs were out of step with those of comparable entities in the regulated power generation industry.

[2] OPG appealed the Board’s decision to the Ontario Divisional Court. A majority of the court dismissed the appeal and upheld the decision of the Board. OPG then appealed that decision to the Ontario Court of Appeal, which set aside the decisions of the Divisional Court and the Board and remitted the matter to the Board for redetermination in accordance with its reasons. The Board now appeals to this Court.

[3] OPG asserts that the Board’s decision to disallow these labour compensation costs was unreasonable. The crux of OPG’s argument is that the Board is legally required to compensate OPG for all of its prudently committed or incurred costs. OPG asserts that prudence in this context has a particular methodological meaning that requires the Board to assess the reasonableness of OPG’s decisions to incur or commit to costs at the time the decisions to incur or commit to the costs were made and that OPG ought to benefit from a presumption of prudence. Because the Board did not employ this prudence

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En Ontario, la tarification d’un service public est réglementée, de sorte que ce dernier doit obtenir de la Commission de l’énergie de l’Ontario (« Commission ») l’approbation des dépenses qu’il a faites ou qu’il prévoit faire pendant une période donnée. Lorsque cette approbation est obtenue, les tarifs sont rajustés de manière que l’entreprise touche des paiements qui correspondent à ses dépenses. Le présent pourvoi vise la décision de la Commission de refuser certains paiements à Ontario Power Generation Inc. (« OPG ») par suite de sa demande d’approbation de tarifs pour la période 2011-2012. Plus particulièrement, la Commission a refusé d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération du personnel affecté aux installations nucléaires au motif que le coût de la main-d’œuvre d’OPG était en rupture avec celui d’organismes comparables dans le secteur réglementé de la production d’énergie.

[2] OPG en a appelé devant la Cour divisionnaire de l’Ontario, dont les juges majoritaires ont rejeté l’appel et confirmé la décision de la Commission. OPG s’est alors adressée à la Cour d’appel de l’Ontario, qui a annulé les décisions de la Cour divisionnaire et de la Commission, puis renvoyé le dossier à la Commission afin qu’elle rende une nouvelle décision conforme à ses motifs. La Commission interjette aujourd’hui appel devant notre Cour.

[3] OPG soutient que le refus de la Commission d’approuver ces dépenses de rémunération de ses employés est déraisonnable. Sa thèse veut essentiellement que la Commission soit légalement tenue de l’indemniser de la totalité des dépenses faites ou convenues avec prudence. OPG prétend que, dans ce contexte, la prudence se définit selon une méthode particulière qui exige de la Commission qu’elle détermine si, au moment où elles ont été prises, les décisions de faire les dépenses ou de convenir des dépenses étaient raisonnables. Elle soutient en outre qu’une présomption de prudence

methodology, OPG argues that its decision was unreasonable.

[4] The Board argues that a particular “prudence test” methodology is not compelled by law, and that in any case the costs disallowed here were not “committed” nuclear compensation costs, but are better characterized as forecast costs.

[5] OPG also raises concerns regarding the Board’s role in acting as a party on appeal from its own decision. OPG argues that in this case, the Board’s aggressive and adversarial defence of its original decision was improper, and that the Board attempted to use the appeal to “hootstrap” its original decision by making additional arguments on appeal.

[6] The Board asserts that the scope of its authority to argue on appeal was settled when it was granted full party rights in connection with the granting of leave by this Court. Alternatively, the Board argues that the structure of utilities regulation in Ontario makes it necessary and important for it to argue the merits of its decisions on appeal.

[7] In my opinion, the labour compensation costs which led to the \$145 million disallowance are best understood as partly committed costs and partly costs subject to management discretion. They are partly committed because they resulted from collective agreements entered into between OPG and two of its unions, and partly subject to management discretion because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of, among other things, projected attrition of the workforce. It is not reasonable to treat these costs as entirely forecast. However, I do not agree with OPG that the Board was bound to apply a particular prudence test in evaluating these costs. The *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, and associated regulations give the Board broad latitude to determine the methodology it uses in assessing utility

doit s’appliquer à son bénéfice. La Commission n’ayant pas eu recours à pareille méthode pour se prononcer sur la prudence d’OPG, sa décision serait déraisonnable.

[4] La Commission rétorque que la loi ne l’oblige pas à employer quelque méthode pour appliquer le « principe de la prudence » et que, de toute manière, les dépenses de rémunération des employés du secteur nucléaire refusées en l’espèce n’étaient pas des dépenses « convenues », mais bien des dépenses prévues.

[5] OPG déplore par ailleurs que la Commission soit partie à l’appel de sa propre décision. Selon elle, la manière agressive et conflictuelle dont la Commission a défendu sa décision initiale n’était pas justifiée, et la Commission tente de se servir de l’appel pour « s’auto-justifier » en formulant de nouveaux arguments à l’appui de sa décision initiale.

[6] La Commission fait valoir que la Cour a circonscrit la faculté qu’elle avait de plaider en appel lorsqu’elle lui a reconnu tous les droits d’une partie au moment d’autoriser le pourvoi. Subsidiairement, elle soutient que la manière dont les services publics sont réglementés en Ontario fait en sorte qu’il est nécessaire et important qu’elle défende la justice de ses décisions portées en appel.

[7] Il convient mieux, à mon sens, de voir dans les dépenses de rémunération qui ont été refusées à raison de 145 millions de dollars en partie des dépenses convenues et en partie des dépenses relevant du pouvoir discrétionnaire de la direction. Elles sont en partie convenues parce qu’elles résultent de conventions collectives intervenues entre OPG et deux syndicats, et elles relèvent en partie de la discrétion de la direction parce qu’OPG conserve une certaine marge de manœuvre dans la gestion des niveaux de dotation globale compte tenu, entre autres, de l’attrition projetée de l’effectif. Il est déraisonnable de considérer qu’il s’agit en totalité de dépenses prévues. Je ne crois cependant pas, malgré ce qu’affirme OPG, que la Commission était tenue d’appliquer un principe de prudence donné pour apprécier les dépenses. La *Loi de 1998 sur la*

costs, subject to the Board's ultimate duty to ensure that payment amounts it orders be just and reasonable to both the utility and consumers.

[8] In this case, the nature of the disputed costs and the environment in which they arose provide a sufficient basis to find that the Board did not act unreasonably in disallowing the costs.

[9] Regarding the Board's role on appeal, I do not find that the Board acted improperly in arguing the merits of this case, nor do I find that the arguments raised on appeal amount to impermissible "bootstrapping".

[10] Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

I. Regulatory Framework

[11] The *Ontario Energy Board Act, 1998* establishes the Board as a regulatory body with authority to oversee, among other things, electricity generation in the province of Ontario. Section 1 sets out the objectives of the Board in regulating electricity, which include:

1. (1) ...

1. To protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service.
2. To promote economic efficiency and cost effectiveness in the generation, transmission, distribution, sale and demand management of electricity and to facilitate the maintenance of a financially viable electricity industry.

Accordingly, the Board must ensure that it regulates with an eye to balancing both consumer interests and the efficiency and financial viability of the

Commission de l'énergie de l'Ontario, L.O. 1998, c. 15, ann. B, et ses règlements connexes accordent à la Commission une grande latitude dans le choix d'une méthode pour apprécier les dépenses d'un service public, sous réserve de l'obligation de faire en sorte que, au final, les paiements qu'elle ordonne soient justes et raisonnables vis-à-vis à la fois du service public et du consommateur.

[8] Dans la présente affaire, la nature des dépenses litigieuses et le contexte dans lequel elles ont vu le jour permettent de conclure que la Commission n'a pas agi de manière déraisonnable en refusant de les approuver.

[9] En ce qui concerne la participation de la Commission au pourvoi, je ne crois pas qu'il soit inapproprié qu'elle défende la justesse de sa décision, ni que les arguments qu'elle invoque en appel équivalent à une « autojustification » inadmissible.

[10] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir la décision de la Commission.

I. Cadre réglementaire

[11] La *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* fait de la Commission un organisme de réglementation investi du pouvoir de surveiller, entre autres choses, la production d'électricité en Ontario. Son article premier énonce les objectifs de la Commission dans la réglementation de l'électricité, dont les suivants :

1. (1) ...

1. Protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d'électricité.
2. Promouvoir l'efficacité économique et la rentabilité dans les domaines de la production, du transport, de la distribution et de la vente d'électricité ainsi que de la gestion de la demande d'électricité et faciliter le maintien d'une industrie de l'électricité financièrement viable.

La Commission doit donc s'acquitter de sa fonction de réglementation dans le souci d'établir un équilibre entre l'intérêt du consommateur, d'une part,

electricity industry. The Board's role has also been described as that of a "market proxy": 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, at para. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, at para. 38. In this sense, the Board's role is to emulate as best as possible the forces to which a utility would be subject in a competitive landscape: *Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, at para. 48.

[12] One of the Board's most powerful tools to achieve its objectives is its authority to fix the amount of payments utilities receive in exchange for the provision of service. Section 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* provides in relevant part:

(5) The Board may fix such other payment amounts as it finds to be just and reasonable,

(a) on an application for an order under this section, if the Board is not satisfied that the amount applied for is just and reasonable; . . .

[13] Section 78.1(6) provides: ". . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section".

[14] As I read these provisions, the utility applies for payment amounts for a future period (called the "test period"). The Board will accept the payment amounts applied for unless the Board is not satisfied that the amounts are just and reasonable. Where the Board is not satisfied, s. 78.1(5) empowers it to fix other payment amounts which it finds to be just and reasonable.

[15] This Court has had the occasion to consider the meaning of similar statutory language in *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186. In that case, the Court held that "fair and reasonable" rates were those "which, under the circumstances, would be fair to the consumer on

et l'efficacité et la viabilité financière du secteur de l'électricité, d'autre part. On lui attribue aussi un rôle de « substitut du marché » (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576, par. 54; 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793, par. 38). Sa fonction consiste alors à reproduire au mieux les forces auxquelles serait soumis un service public dans un contexte concurrentiel (*Toronto Hydro-Electric System Ltd. c. Ontario (Energy Board)*, 2010 ONCA 284, 99 O.R. (3d) 481, par. 48).

[12] L'un des leviers les plus puissants dont dispose la Commission pour atteindre ses objectifs réside dans son pouvoir de fixer le montant des paiements que touche l'entreprise pour la prestation du service. Voici l'extrait pertinent du par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* :

(5) La Commission peut fixer les autres paiements qu'elle estime justes et raisonnables :

a) dans le cadre d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance prévue au présent article, si elle n'est pas convaincue que le montant du paiement qui fait l'objet de la requête est juste et raisonnable; . . .

[13] Le paragraphe 78.1(6) dispose pour sa part : « . . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du présent article ».

[14] Suivant mon interprétation de ces dispositions, le service public demande des paiements pour une période à venir (appelée « période de référence »). La Commission fait droit à la demande, sauf lorsqu'elle n'est pas convaincue que les paiements demandés sont justes et raisonnables. Lorsqu'elle n'en est pas convaincue, le par. 78.1(5) lui permet de déterminer les paiements qui lui paraissent justes et raisonnables.

[15] Dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, la Cour a eu l'occasion de se prononcer sur le sens d'un libellé législatif semblable. Elle a alors statué que la tarification « juste et raisonnable » était celle [TRADUCTION] « qui, dans les circonstances, était juste pour le

the one hand, and which, on the other hand, would secure to the company a fair return for the capital invested” (pp. 192-93).

[16] This means that the utility must, over the long run, be given the opportunity to recover, through the rates it is permitted to charge, its operating and capital costs (“capital costs” in this sense refers to all costs associated with the utility’s invested capital). This case is concerned primarily with operating costs. If recovery of operating costs is not permitted, the utility will not earn its cost of capital, which represents the amount investors require by way of a return on their investment in order to justify an investment in the utility. The required return is one that is equivalent to what they could earn from an investment of comparable risk. Over the long run, unless a regulated utility is allowed to earn its cost of capital, further investment will be discouraged and it will be unable to expand its operations or even maintain existing ones. This will harm not only its shareholders, but also its customers: *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board*, 2004 FCA 149, 319 N.R. 171.

[17] This of course does not mean that the Board must accept every cost that is submitted by the utility, nor does it mean that the rate of return to equity investors is guaranteed. In the short run, return on equity may vary, for example if electricity consumption by the utility’s customers is higher or lower than predicted. Similarly, a disallowance of any operating costs to which the utility has committed itself will negatively impact the return to equity investors. I do not intend to enter into a detailed analysis of how the cost of equity capital should be treated by utility regulators, but merely to observe that any disallowance of costs to which a utility has committed itself has an effect on equity investor returns. This effect must be carefully considered in light of the long-run necessity that utilities be able to attract investors and retain earnings in order to survive and operate efficiently and effectively, in accordance with the statutory objectives of the Board in regulating electricity in Ontario.

consommateur, d’une part, et qui permettait à l’entreprise d’obtenir un juste rendement sur les capitaux investis, d’autre part » (p. 192-193).

[16] Dès lors, le service public doit pouvoir à long terme recouvrer, grâce à la tarification approuvée, ses dépenses d’exploitation et ses coûts en capital, ces derniers s’entendant alors de tous les coûts liés aux capitaux investis par le service public. Le pourvoi vise principalement les dépenses d’exploitation. Si leur recouvrement n’est pas autorisé, le service public n’obtient pas l’équivalent du coût du capital, soit le rendement exigé par les investisseurs pour investir dans le service public. Le rendement exigé équivaut à celui qu’ils pourraient réaliser sur un investissement comportant un risque comparable. À long terme, à moins que le service public réglementé ne puisse obtenir l’équivalent du coût du capital, les nouveaux investissements seront découragés et l’entreprise ne pourra accroître ses activités, ni même les poursuivre. Ce sont non seulement ses actionnaires, mais aussi ses clients, qui en souffriront (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149).

[17] Évidemment, la Commission n’est pas tenue pour autant d’accepter toute dépense avancée par le service public, et le rendement obtenu par les actionnaires n’est pas non plus garanti. À court terme, ce rendement peut fluctuer, notamment lorsque la consommation d’électricité est supérieure ou inférieure à celle prévue. De même, le refus d’approuver des dépenses d’exploitation dont le service public a convenu aura un effet défavorable sur le rendement des actions. Je n’entends pas me livrer à une analyse détaillée de la manière dont le coût du capital-actions devrait être considéré par les organismes qui réglementent les services publics, mais seulement faire observer que tout refus d’approuver une dépense dont un service public a convenu a un effet sur le rendement des actions. Cet effet justifie une grande attention au vu de la nécessité qu’un service public attire les investissements à long terme et réinvestisse ses bénéfices afin de survivre et de fonctionner de manière efficace et rentable, conformément aux objectifs légaux de la Commission applicables à la réglementation de l’électricité en Ontario.

[18] As noted above, the burden is on the utility to satisfy the Board that the payment amounts it applies for are just and reasonable. If it fails to do so, the Board may disallow the portion of the application that it finds is not for amounts that are just and reasonable.

[19] Where applied-for operating costs are disallowed, the utility, if it is able to do so, may forego the expenditure of such costs. Where the expenditure cannot be foregone, the shareholders of the utility will have to absorb the reduction in the form of receiving less than their anticipated rate of return on their investment, i.e. the utility's cost of equity capital. In such circumstances it will be the management of the utility that will be responsible in the future for bringing its costs into line with what the Board considers just and reasonable.

[20] In order to ensure that the balance between utilities' and consumers' interests is struck, just and reasonable rates must be those that ensure consumers are paying what the Board expects it to cost to efficiently provide the services they receive, taking account of both operating and capital costs. In that way, consumers may be assured that, overall, they are paying no more than what is necessary for the service they receive, and utilities may be assured of an opportunity to earn a fair return for providing those services.

II. Facts

[21] OPG is Ontario's largest energy generator, and is subject to rate regulation by the Board. OPG came into being in 1999 as one of the successor corporations to Ontario Hydro. It operates Board-regulated nuclear and hydroelectric facilities that generate approximately half of Ontario's electricity. Its sole shareholder is the Province of Ontario.

[22] It employs approximately 10,000 people in connection with its regulated facilities, 95 percent of whom work in its nuclear business. Approximately 90 percent of its employees in its regulated

[18] Rappelons qu'il incombe au service public de convaincre la Commission du caractère juste et raisonnable des paiements qu'il sollicite. S'il n'y parvient pas, la Commission peut rejeter la demande en partie à raison du montant qui, selon elle, n'est pas juste et raisonnable.

[19] En cas de refus d'approbation, le service public peut renoncer, si cela lui est possible, aux dépenses d'exploitation en cause. S'il ne peut y renoncer, ses actionnaires absorbent le déficit en touchant un rendement inférieur à celui prévu, c'est-à-dire le coût du capital-actions pour le service public. Il appartient dès lors à la direction de ce dernier de faire en sorte que ses dépenses correspondent à celles que la Commission tient pour justes et raisonnables.

[20] Lorsqu'il s'agit d'assurer l'équilibre entre les intérêts du service public et ceux du consommateur, la tarification juste et raisonnable est celle qui fait en sorte que le consommateur paie ce que la Commission prévoit qu'il en coûtera pour la prestation efficace du service, compte tenu à la fois des dépenses d'exploitation et des coûts en capital. Ainsi, le consommateur a l'assurance que, globalement, il ne paie pas plus que ce qui est nécessaire pour obtenir le service, et le service public a l'assurance de pouvoir toucher une juste contrepartie pour la prestation du service.

II. Faits

[21] OPG est le plus grand producteur d'énergie de l'Ontario, et sa tarification est réglementée par la Commission. Elle a vu le jour en 1999 et fait partie des entreprises qui ont succédé à Ontario Hydro. Elle exploite des installations nucléaires et hydroélectriques soumises à la réglementation de la Commission qui produisent environ la moitié de l'électricité consommée dans la province. Son unique actionnaire est la province d'Ontario.

[22] Son effectif se compose d'environ 10 000 personnes pour ses activités réglementées, dont 95 p. 100 travaillent dans le secteur nucléaire. Environ 90 p. 100 des employés affectés à ses activités

businesses are unionized, with approximately two thirds of unionized employees represented by the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000 ("PWU"), and one third represented by the Society of Energy Professionals ("Society").

[23] Since early in its existence as an independent utility, OPG has been aware of the importance of improving its corporate performance. As part of a general effort to improve its business, OPG undertook efforts to benchmark its nuclear performance against comparable power plants around the world. In a memorandum of agreement ("MOA") with the Province of Ontario dated August 17, 2005, OPG committed to the following:

OPG will seek continuous improvement in its nuclear generation business and internal services. OPG will benchmark its performance in these areas against CANDU nuclear plants worldwide as well as against the top quartile of private and publicly-owned nuclear electricity generators in North America. OPG's top operational priority will be to improve the operation of its existing nuclear fleet.

(A.R., vol. III, at p. 215)

[24] As part of OPG's first-ever rate application with the Board in 2007, for a test period covering the years 2008 and 2009, OPG sought approval for a \$6.4 billion "revenue requirement"; this term refers to "the total revenue that is required by the company to pay all of its allowable expenses and also to recover all costs associated with its invested capital": L. Reid and J. Todd, "New Developments in Rate Design for Electricity Distributors", in G. Kaiser and B. Heggie, eds., *Energy Law and Policy* (2011), 519, at p. 521. This constituted an increase of \$1 billion over the revenue requirement that it had sought and was granted under the regulatory scheme in place prior to the Board's assumption of regulatory authority over OPG: EB-2007-0905, Decision with Reasons, November 3, 2008 ("Board 2008-2009 Decision") (online), at pp. 5-6.

réglementées sont syndiqués, dont approximativement les deux tiers sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 (« STTSE »), et le tiers par Society of Energy Professionals (« Society »).

[23] Dès ses débuts en tant que service public indépendant, OPG a eu conscience de l'importance d'accroître sa performance d'entreprise. Dans le cadre de mesures générales prises à cette fin, elle a entrepris de comparer le rendement de son secteur nucléaire à celui de centrales comparables dans le monde. Dans un protocole d'accord intervenu avec la province d'Ontario le 17 août 2005, OPG a pris l'engagement suivant :

[TRADUCTION] OPG visera l'amélioration constante de son secteur nucléaire et de ses services internes. Elle comparera sa performance dans ces domaines à celle de l'exploitation des réacteurs CANDU à travers le monde ainsi qu'à celle des producteurs privés et publics d'électricité d'origine nucléaire appartenant au quartile supérieur en Amérique du Nord. Sa priorité première sera d'améliorer l'exploitation de son parc nucléaire actuel.

(d.a., vol. III, p. 215)

[24] Dans la toute première demande qu'elle a présentée à la Commission en 2007 pour la période de référence 2008-2009, OPG a sollicité l'approbation de « recettes nécessaires » se chiffrant à 6,4 milliards de dollars; ce poste correspond [TRADUCTION] « aux recettes dont l'entreprise a besoin au total pour le paiement de toutes ses dépenses susceptibles d'approbation et, également, pour recouvrer tous les coûts liés aux capitaux investis » (L. Reid et J. Todd, « New Developments in Rate Design for Electricity Distributors », dans G. Kaiser et B. Heggie, dir., *Energy Law and Policy* (2011), 519, p. 521). Il s'agissait d'une majoration d'un milliard de dollars par rapport à ce qu'OPG avait demandé et obtenu en application du régime de réglementation en vigueur avant que la Commission ne soit investie de son pouvoir de réglementation vis-à-vis d'elle (EB-2007-0905, décision motivée, 3 novembre 2008 (« décision 2008-2009 de la Commission ») (en ligne), p. 5-6).

[25] The Board found that OPG was not meeting the nuclear performance expectations of its sole shareholder and that it had done little to conduct benchmarking of its performance against that of its peers, despite its commitment to do so dating back to 2005. Indeed, the only evidence of benchmarking that OPG submitted as part of its rate application was a 2006 report from Navigant Consulting, Inc. (“Navigant Report”), which found that OPG was overstaffed by 12 percent in comparison to its peers. The Board found that OPG had not acted on the recommendations of the Navigant Report and had not commissioned subsequent benchmarking studies to assess its performance (Board 2008-2009 Decision, at pp. 27 and 30). The Board also found that operating costs at OPG’s Pickering nuclear facilities were “far above industry averages” (p. 29). The Board thus disallowed \$35 million of OPG’s proposed revenue requirement and directed OPG to prepare benchmarking studies for use in future applications (p. 31).

[26] In explaining the importance of benchmarking, the Board stated: “The reason why the MOA emphasized benchmarking was because such studies can and do shine a light on inefficiencies and lack of productivity improvement” (Board 2008-2009 Decision, at p. 30).

[27] On May 5, 2010, shortly before OPG was set to file its second rate application, which is the subject of this appeal, the Ontario Minister of Energy and Infrastructure wrote to the President and CEO of OPG to ensure that OPG would demonstrate in its upcoming rate application “concerted efforts to identify cost saving opportunities and focus [its] forthcoming rate application on those items that are essential to the safe and reliable operation of [its] existing assets and projects already under development” (A.R., vol. IV, at p. 38).

[25] La Commission a estimé qu’OPG ne satisfaisait pas aux attentes de son unique actionnaire quant à la performance de son secteur nucléaire et qu’elle avait peu fait pour comparer sa performance à celle de ses pairs, alors qu’elle s’y était engagée dès 2005. De fait, la seule preuve d’une démarche en ce sens présentée par OPG dans le cadre de sa demande d’approbation de tarifs était un rapport établi par Navigant Consulting Inc. en 2006 (« rapport Navigant ») et selon lequel l’effectif d’OPG dépassait de 12 p. 100 celui de ses pairs. La Commission a conclu qu’OPG n’avait pas donné suite aux recommandations du rapport Navigant, ni commandé d’études comparatives ultérieures pour évaluer sa performance (décision 2008-2009 de la Commission, p. 27 et 30). Elle a aussi jugé les coûts d’exploitation d’OPG aux installations nucléaires de Pickering [TRADUCTION] « bien supérieurs à la moyenne du secteur » (p. 29). Elle a donc refusé d’approuver 35 millions de dollars au chapitre des recettes nécessaires et enjoint à OPG de réaliser des études comparatives pour étayer ses demandes ultérieures (p. 31).

[26] Pour expliquer l’importance de la comparaison, la Commission dit ce qui suit : [TRADUCTION] « La raison pour laquelle le protocole d’accord insiste sur la conduite d’une étude comparative est qu’une telle étude peut faire et fait ressortir toute inefficacité ou absence d’accroissement de la productivité » (décision 2008-2009 de la Commission, p. 30).

[27] Le 5 mai 2010, peu avant qu’OPG ne dépose sa deuxième demande d’approbation de tarifs — qui est l’objet du pourvoi —, le ministre de l’Énergie et de l’Infrastructure de l’Ontario a écrit au président-directeur général du service public afin que ce dernier fasse état, dans sa demande, [TRADUCTION] « d’efforts concertés pour trouver des moyens de réaliser des économies et mette l’accent sur les postes de dépense qui sont essentiels à l’exploitation sûre et fiable de ses actifs existants et de ses installations projetées déjà en cours de réalisation » (d.a., vol. IV, p. 38).

[28] On May 26, 2010, OPG filed its payment amounts application for the 2011-2012 test period. As part of its evidence before the Board, OPG submitted two reports by ScottMadden Inc., a general management consulting firm specializing in benchmarking and business planning for nuclear facilities. The Phase 1 report compared OPG's nuclear operational and financial performance against that of external peers using industry performance metrics. The Phase 2 final report discussed performance improvement targets with the intent of improving OPG's nuclear business. OPG collaborated with ScottMadden on the Phase 1 and 2 reports, which were released on July 2, 2009 and September 11, 2009, respectively.

[29] OPG's rate application pertained to a test period beginning on January 1, 2011 and ending on December 31, 2012. OPG sought approval of a \$6.9 billion revenue requirement, which represented an increase of 6.2 percent over OPG's then-current revenue based on the preceding year's approved utility rates. Of the \$6.9 billion revenue requirement sought by OPG, \$2.8 billion pertained to compensation costs, of which approximately \$2.4 billion concerned OPG's nuclear business.

[30] A substantial portion of OPG's wage and compensation expenses was fixed by OPG's collective agreements with the unions, PWU and the Society. At the time of its application, OPG was party to a collective agreement with PWU, effective from April 2009 through March 2012, while its collective agreement with the Society expired on December 31, 2010. These collective agreements provided annual wage increases between 2 percent and 3 percent. OPG forecast an additional 1 percent increase for step progressions and promotions of unionized staff. Following the Board's hearing in this case, an interest arbitrator ordered a new collective agreement between OPG and the Society, effective February 3, 2011. This collective agreement provided wage increases that varied between 1 percent and 3 percent.

[28] Le 26 mai 2010, OPG a déposé sa demande de paiements pour la période de référence 2011-2012. Elle a présenté à l'appui deux rapports de ScottMadden Inc., un cabinet-conseil en gestion générale spécialisé dans la comparaison et la planification opérationnelle d'installations nucléaires. Le rapport de la phase 1 compare la performance opérationnelle et financière d'OPG à celle d'autres entreprises à partir de mesures de la performance dans le secteur d'activité. Le rapport final de la phase 2 porte sur les objectifs d'accroissement de la performance dans l'optique d'une amélioration de l'exploitation du secteur nucléaire. OPG a collaboré avec ScottMadden pour l'établissement des rapports des phases 1 et 2, qui ont respectivement été publiés les 2 juillet et 11 septembre 2009.

[29] La demande visait la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012. OPG y demandait l'approbation de recettes nécessaires de 6,9 milliards de dollars, soit une augmentation de 6,2 p. 100 par rapport aux recettes d'alors compte tenu des tarifs approuvés pour la période précédente. Des 6,9 milliards de dollars sollicités au titre des recettes nécessaires, 2,8 milliards auraient été affectés à la rémunération, dont environ 2,4 milliards dans le secteur nucléaire.

[30] Une grande partie des dépenses d'OPG au chapitre des salaires et de la rémunération était déterminée par des conventions collectives intervenues avec les syndicats (STTSE et Society). Lors du dépôt de la demande, OPG était liée par une convention collective conclue avec le STTSE en vigueur d'avril 2009 à mars 2012, alors que la convention collective qui la liait à Society avait expiré le 31 décembre 2010. Ces conventions collectives prévoyaient des augmentations annuelles de salaires se situant entre 2 et 3 p. 100, auxquelles s'ajoutait 1 p. 100 pour les changements d'échelon et l'avancement. Après l'audition de la demande par la Commission dans la présente affaire, un arbitre a ordonné l'application d'une nouvelle convention collective liant OPG et Society à compter du 3 février 2011. La convention collective prévoyait des augmentations de salaires de 1 à 3 p. 100.

III. Judicial History

A. *Ontario Energy Board: 2011 LNONOEB 57 (QL)* (“Board Decision”)

[31] In its decision concerning OPG’s rate application for the 2011-2012 test period, the Board stated that it enjoyed broad discretion pursuant to Ontario Regulation 53/05 (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) and s. 78.1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998* to “adopt the mechanisms it judges appropriate in setting just and reasonable rates” (para. 73). The Board recognized that different tests could apply depending on whether its analysis concerned the recovery of forecast costs or an after-the-fact review of costs already incurred. In this rate application, it was appropriate to take into consideration all evidence that the Board deemed relevant to assess the reasonableness of OPG’s revenue requirement.

[32] The Board rejected OPG’s proposed revenue requirement of \$6.9 billion, reducing it by \$145 million over the test period “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (para. 350). Key to its disallowance was the Board’s finding that OPG was overstaffed and that its compensation levels were excessive.

[33] Regarding the number of staff, the Board pointed out that a benchmarking study commissioned by OPG itself, the ScottMadden Phase 2 final report, suggested that certain staff positions could be reduced or eliminated altogether. The Board suggested that OPG could review its organizational structure and reassign or eliminate positions in the coming years, as 20 percent to 25 percent of its staff were set to retire between 2010 and 2014 and it was possible to make greater use of external contractors. Regarding compensation, the Board found that OPG had not submitted compelling evidence justifying the benchmarking of its salaries of non-management employees to the 75th percentile of a survey of

III. Historique judiciaire

A. *Commission de l’énergie de l’Ontario (2011 LNONOEB 57 (QL))* (« décision de la Commission »)

[31] Dans sa décision relative à la demande d’approbation de tarifs d’OPG pour la période de référence 2011-2012, la Commission dit que le règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 ») et l’art. 78.1 de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* lui confèrent un vaste pouvoir discrétionnaire quant [TRADUCTION] « au choix d’une méthode indiquée pour fixer des tarifs justes et raisonnables » (para. 73). Elle reconnaît que différents principes peuvent s’appliquer selon qu’il s’agit du recouvrement de dépenses prévues ou de l’examen après coup de dépenses déjà faites. Pour statuer sur la demande dont elle était saisie, il convenait de tenir compte de tout élément de preuve que la Commission jugeait pertinent pour apprécier le caractère raisonnable des recettes nécessaires d’OPG.

[32] La Commission refuse d’approuver les 6,9 milliards de dollars demandés par OPG au titre des recettes nécessaires, les réduisant de 145 millions de dollars pour la période référence [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (par. 350). Cette décision défavorable tient surtout à l’opinion de la Commission selon laquelle OPG compte trop d’employés et ses niveaux de rémunération sont excessifs.

[33] Au sujet de la taille de l’effectif, la Commission relève que, selon une étude comparative qu’OPG a elle-même commandée (le rapport final de la phase 2 de ScottMadden), la dotation de certains postes peut être réduite, voire supprimée. Elle recommande à OPG de revoir sa structure organisationnelle et de réaffecter du personnel ou de supprimer des postes au cours des années suivantes. Vingt à vingt-cinq pour cent du personnel d’OPG devait en effet partir à la retraite entre 2010 et 2014 et il était possible de recourir davantage à la sous-traitance. Au chapitre de la rémunération, elle estime qu’OPG n’a pas présenté d’éléments convaincants pour justifier que les salaires de son personnel opérationnel

industry salaries conducted by Towers Perrin. Instead, the Board considered the proper benchmark to be the 50th percentile, the same percentile against which OPG benchmarks management compensation. In determining the appropriate disallowance, the Board acknowledged that OPG may not have been able to achieve the full \$145 million in savings for the test period through the reduction of compensation levels alone because of its collective agreements with the unions.

B. *Ontario Superior Court of Justice, Divisional Court: 2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576*

[34] OPG appealed the Board Decision on the basis that it was unreasonable and that the reasons provided were inadequate. OPG argued that the Board should have conducted a prudent investment test — that is, it should have restricted its review of compensation costs to a consideration of whether the collective agreements that prescribed the compensation costs were prudent at the time they were entered into. OPG also argued that the Board should have presumed that the costs were prudent.

[35] The panel of three Divisional Court judges was split. Justice Hoy (as she then was), for the majority, found the Board Decision reasonable because management had the ability to reduce total compensation costs in the future within the framework of the collective agreement. Applying a strict prudent investment test would not permit the Board to fulfill its statutory objective of promoting cost effectiveness in the generation of electricity. It was particularly important for the Board to exercise its authority to set just and reasonable rates given the “double monopoly” dynamic at play:

The collective agreements were concluded between a regulated monopoly, which passes costs on to consumers, not a competitive enterprise, and two unions which account for approximately 90 per cent of the employees and amount to a near, second monopoly, based on terms

se situent au 75^e percentile des salaires versés dans le secteur selon une étude de Towers Perrin. Selon la Commission, ils devraient se situer au 50^e percentile, soit le même que pour le personnel de direction. Pour décider de la réduction qui s'impose, elle reconnaît qu'OPG pourrait ne pas être en mesure, pendant la période de référence, de réaliser des économies de 145 millions de dollars par la réduction de sa seule masse salariale à cause des conventions collectives en vigueur.

B. *Cour supérieure de Justice de l'Ontario, Cour divisionnaire (2012 ONSC 729, 109 O.R. (3d) 576)*

[34] OPG a fait appel de la décision au motif que celle-ci était déraisonnable et mal motivée. Elle a soutenu que la Commission aurait dû appliquer le principe de l'investissement prudent, c'est-à-dire que, dans son examen des dépenses de rémunération, elle aurait dû seulement s'interroger sur la prudence de conclure, à l'époque, les conventions collectives qui commandaient ces dépenses. Elle a ajouté que la Commission aurait dû présumer que les dépenses étaient prudentes.

[35] La décision de la formation de trois juges de la Cour divisionnaire est partagée. Au nom des juges majoritaires, la juge Hoy (aujourd'hui Juge en chef adjointe de l'Ontario) conclut que la décision de la Commission est raisonnable, car il était possible à la direction d'OPG de réduire ultérieurement ses dépenses globales de rémunération dans le respect des conventions collectives. L'application stricte du principe de l'investissement prudent n'aurait pas permis à la Commission d'atteindre son objectif, d'origine législative, de favoriser la rentabilité de la production d'électricité. Vu la présence de « deux monopoles », il importait particulièrement que la Commission exerce son pouvoir de fixer des tarifs justes et raisonnables :

[TRADUCTION] Les conventions collectives sont intervenues entre un monopole réglementé qui refile ses coûts au consommateur et qui n'est pas soumis à la concurrence, et deux syndicats qui représentent environ 90 p. 100 des salariés et qui constituent presque un second monopole

inherited from Ontario Hydro and in face of the reality that running a nuclear operation without the employees would be extremely difficult. [para. 54]

[36] Justice Aitken dissented, finding that,

to the extent that [nuclear compensation] costs were predetermined, in the sense that they were locked in as a result of collective agreements entered prior to the date of the application and the test period, OPG only had to prove their prudence or reasonableness based on the circumstances that were known or that reasonably could have been anticipated at the time the decision to enter those collective agreements was made. [para. 83]

She would have held that the Board's failure to undertake a separate and explicit prudence review for the committed portion of nuclear compensation costs, coupled with its consideration of hindsight factors in assessing the reasonableness of these costs, rendered the Board Decision unreasonable.

C. Ontario Court of Appeal: 2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793

[37] The Ontario Court of Appeal reversed the Divisional Court's decision and remitted the case to the Board. The court drew a distinction between forecast costs and committed costs, with committed costs being those that the utility "is committed to pay in [the test period]" and that "cannot be managed or reduced by the utility in that time frame, usually because of contractual obligations" (para. 29). Although costs may not require actual payment until the future, as in this case, costs that have been "contractually incurred to be paid over the time frame are nonetheless committed even though they have not yet been paid" (para. 29). When reviewing such costs, the court held that the Board must undertake a prudence review as described in *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (paras. 15-16). By failing to follow this jurisprudence and by requiring that OPG "manage costs that, by law, it cannot manage", the Board acted unreasonably (para. 37).

étant donné les conditions héritées d'Ontario Hydro et le fait qu'il serait extrêmement difficile d'exploiter des installations nucléaires sans les salariés. [par. 54]

[36] Dissidente, la juge Aitken opine que,

[TRADUCTION] dans la mesure où les coûts [de rémunération des employés du secteur nucléaire] étaient déterminés à l'avance, c'est-à-dire qu'ils étaient arrêtés par des conventions collectives conclues avant la demande et la période de référence, OPG devait seulement prouver la prudence ou le caractère raisonnable de la décision de conclure ces conventions au vu des circonstances connues ou qui auraient pu raisonnablement être prévues au moment de prendre la décision. [par. 83]

Elle aurait statué que l'omission de la Commission d'appliquer séparément et expressément le principe de la prudence à la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont elle avait convenu, jumelée à son appréciation avec le recul du caractère raisonnable de ces dépenses, a rendu la décision de la Commission déraisonnable.

C. Cour d'appel de l'Ontario (2013 ONCA 359, 116 O.R. (3d) 793)

[37] La Cour d'appel de l'Ontario infirme le jugement de la Cour divisionnaire et renvoie le dossier à la Commission. Elle établit une distinction entre les dépenses prévues et les dépenses convenues, ces dernières correspondant à celles que le service public [TRADUCTION] « a convenu d'acquitter pendant [la période de référence] » et qu'il « ne peut modifier ou réduire pendant cette période, généralement à cause d'obligations contractuelles » (par. 29). Même si les dépenses n'ont pas à être acquittées dans l'immédiat, comme en l'espèce, celles qui, « par contrat, doivent être acquittées pendant la période de référence constituent néanmoins des dépenses convenues, même si elles n'ont pas encore été acquittées » (par. 29). La Cour d'appel statue que la Commission doit, dans son examen de ces dépenses, appliquer le principe de la prudence énoncé dans *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4 (par. 15-16). En ne respectant pas ce précédent et en obligeant OPG à « modifier des dépenses qu'elle ne peut juridiquement modifier », la Commission a agi déraisonnablement (par. 37).

IV. Issues

[38] The Board raises two issues on appeal:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Was the Board's decision to disallow \$145 million of OPG's revenue requirement reasonable?

[39] Before this Court, OPG has argued that the Board stepped beyond the appropriate role of a tribunal in an appeal from its own decision, which raises the following additional issue:

3. Did the Board act impermissibly in pursuing its appeal in this case?

V. Analysis

[40] It is logical to begin by considering the appropriateness of the Board's participation in the appeal. I will next consider the appropriate standard of review, and then the merits issue of whether the Board's decision in this case was reasonable.

A. *The Appropriate Role of the Board in This Appeal*

(1) Tribunal Standing

[41] In *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684 ("*Northwestern Utilities*"), per Estey J., this Court first discussed how an administrative decision-maker's participation in the appeal or review of its own decisions may give rise to concerns over tribunal impartiality. Estey J. noted that "active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and

IV. Questions en litige

[38] La Commission soulève deux questions dans le cadre du pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Sa décision de retrancher 145 millions de dollars des recettes nécessaires d'OPG est-elle raisonnable?

[39] Devant notre Cour, OPG fait valoir que la Commission outrepassé le rôle qui sied à un tribunal administratif dans le cadre d'un appel de sa propre décision, ce qui soulève la question supplémentaire suivante :

3. La Commission a-t-elle agi de manière inacceptable en se pourvoyant en tant que partie à l'appel en l'espèce?

V. Analyse

[40] Il convient en toute logique d'examiner d'abord le caractère approprié de la participation de la Commission au pourvoi. J'examinerai ensuite la norme de contrôle applicable, puis la question de fond de savoir si la décision de la Commission est raisonnable.

A. *Le rôle qui sied à la Commission dans le cadre du pourvoi*

(1) La qualité pour agir d'un tribunal administratif

[41] Dans *Northwestern Utilities Ltd. c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684 (« *Northwestern Utilities* »), sous la plume du juge Estey, notre Cour se demande pour la première fois en quoi la participation d'un décideur administratif à l'appel ou au contrôle de sa propre décision peut soulever des doutes sur son impartialité. Pour reprendre les propos du juge Estey, « [u]ne participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures

issues or the same parties” (p. 709). He further observed that tribunals already receive an opportunity to make their views clear in their original decisions: “. . . it abuses one’s notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court” (p. 709).

[42] The Court in *Northwestern Utilities* ultimately held that the Alberta Public Utilities Board — which, like the Ontario Energy Board, had a statutory right to be heard on judicial appeal (see *Ontario Energy Board Act, 1998, s. 33(3)*) — was limited in the scope of the submissions it could make. Specifically, Estey J. observed that

[i]t has been the policy in this Court to limit the role of an administrative tribunal whose decision is at issue before the Court, even where the right to appear is given by statute, to an explanatory role with reference to the record before the Board and to the making of representations relating to jurisdiction. [p. 709]

[43] This Court further considered the issue of agency standing in *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, which involved judicial review of a British Columbia Labour Relations Board decision. Though a majority of the judges hearing the case did not endorse a particular approach to the issue, La Forest J., Dickson C.J. concurring, accepted that a tribunal had standing to explain the record and advance its view of the appropriate standard of review and, additionally, to argue that its decision was reasonable.

[44] This finding was supported by the need to make sure the Court’s decision on review of the tribunal’s decision was fully informed. La Forest J. cited *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), at p. 153, for the proposition that the tribunal is the party best equipped to draw the Court’s attention to

concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties » (p. 709). Il ajoute que le tribunal administratif avait déjà le loisir de s’expliquer clairement dans sa décision initiale et « [qu’il] enfreint de façon inacceptable la réserve dont [il doit] faire preuve lorsqu’[il] particip[e] aux procédures comme partie à part entière » (p. 709).

[42] Dans *Northwestern Utilities*, notre Cour statue finalement que la portée des observations que pouvait présenter l’Alberta Public Utilities Board — qui, à l’instar de la Commission de l’énergie de l’Ontario, jouissait légalement du droit d’être entendue en appel devant une cour de justice (voir la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 33(3)) — était limitée. Le juge Estey fait remarquer ce qui suit :

Cette Cour, à cet égard, a toujours voulu limiter le rôle du tribunal administratif dont la décision est contestée à la présentation d’explications sur le dossier dont il était saisi et d’observations sur la question de sa compétence, même lorsque la loi lui confère le droit de comparaître. [p. 709]

[43] Dans *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, qui porte sur le contrôle judiciaire d’une décision de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, notre Cour approfondit la question de la qualité pour agir d’un organisme administratif. Même si les juges majoritaires qui ont entendu le pourvoi n’adoptent pas d’approche particulière pour se prononcer, le juge La Forest, avec l’appui du juge en chef Dickson, reconnaît qu’un tribunal administratif a qualité non seulement pour expliquer le dossier et faire valoir son point de vue sur la norme de contrôle applicable, mais aussi pour soutenir que sa décision est raisonnable.

[44] Cette conclusion repose sur la nécessité de faire en sorte que la cour de révision rende un jugement parfaitement éclairé sur la décision du tribunal administratif. Le juge La Forest invoque l’arrêt *B.C.G.E.U. c. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.), p. 153, pour avancer que le tribunal administratif est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour

those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area.

(*Paccar*, at p. 1016)

La Forest J. found, however, that the tribunal could not go so far as to argue that its decision was correct (p. 1017). Though La Forest J. did not command a majority, L'Heureux-Dubé J. also commented on tribunal standing in her dissent, and agreed with the substance of La Forest J.'s analysis (p. 1026).

[45] Trial and appellate courts have struggled to reconcile this Court's statements in *Northwestern Utilities* and *Paccar*. Indeed, while this Court has never expressly overturned *Northwestern Utilities*, on some occasions, it has permitted tribunals to participate as full parties without comment: see, e.g., *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952; see also *Ontario (Children's Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) ("*Goodis*"), at para. 24.

[46] A number of appellate decisions have grappled with this issue and "for the most part now display a more relaxed attitude in allowing tribunals to participate in judicial review proceedings or statutory appeals in which their decisions were subject to attack": D. Mullan, "Administrative Law and Energy Regulation", in G. Kaiser and B. Heggie, 35, at p. 51. A review of three appellate decisions suffices to establish the rationale behind this shift.

[47] In *Goodis*, the Children's Lawyer urged the court to refuse or limit the standing of the Information and Privacy Commissioner, whose decision

sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu'un qui n'est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé.

(*Paccar*, p. 1016)

Toutefois, le juge La Forest conclut que le tribunal administratif ne peut aller jusqu'à défendre le bien-fondé de sa décision (p. 1017). Sa thèse ne convainc pas une majorité de ses collègues, mais la juge L'Heureux-Dubé, dissidente, qui se prononce elle aussi sur la qualité pour agir du tribunal administratif, souscrit à son analyse sur le fond (p. 1026).

[45] Juridictions de première instance et d'appel ont tenté tant bien que mal de concilier les opinions exprimées par les juges de la Cour dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar*. De fait, même si notre Cour n'est jamais expressément revenue sur *Northwestern Utilities*, elle a parfois autorisé un tribunal administratif à participer à l'instance à titre de partie à part entière sans expliquer sa décision (voir p. ex. *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; voir également *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.) (« *Goodis* »), par. 24).

[46] Dans un certain nombre de décisions, les cours d'appel se sont attaquées à la question et, [TRADUCTION] « pour la plupart, elles sont désormais plus enclines à autoriser un tribunal administratif à participer au contrôle judiciaire ou à l'appel, prévu par la loi, de sa propre décision » (D. Mullan, « Administrative Law and Energy Regulation », dans G. Kaiser et B. Heggie, 35, p. 51). Le survol de trois arrêts de juridictions d'appel suffit à établir la raison d'être de ce revirement.

[47] Dans *Goodis*, le Bureau de l'avocate des enfants demandait à la cour de ne pas reconnaître ou de restreindre la qualité pour agir du Commissaire

was under review. The Ontario Court of Appeal declined to apply any formal, fixed rule that would limit the tribunal to certain categories of submissions and instead adopted a contextual, discretionary approach: *Goodis*, at paras. 32-34. The court found no principled basis for the categorical approach, and observed that such an approach may lead to undesirable consequences:

For example, a categorical rule denying standing if the attack asserts a denial of natural justice could deprive the court of vital submissions if the attack is based on alleged deficiencies in the structure or operation of the tribunal, since these are submissions that the tribunal is uniquely placed to make. Similarly, a rule that would permit a tribunal standing to defend its decision against the standard of reasonableness but not against one of correctness, would allow unnecessary and prevent useful argument. Because the best argument that a decision is reasonable may be that it is correct, a rule based on this distinction seems tenuously founded at best as Robertson J.A. said in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, [2002] N.B.J. No. 114, 249 N.B.R. (2d) 93 (C.A.), at para. 32.

(*Goodis*, at para. 34)

[48] The court held that *Northwestern Utilities* and *Paccar* should be read as the source of “fundamental considerations” that should guide the court’s exercise of discretion in the context of the case: *Goodis*, at para. 35. The two most important considerations, drawn from those cases, were the “importance of having a fully informed adjudication of the issues before the court” (para. 37), and “the importance of maintaining tribunal impartiality”: para. 38. The court should limit tribunal participation if it will undermine future confidence in its objectivity. The court identified a list of factors, discussed further below, that may aid in determining whether and

à l’information et à la protection de la vie privée dont la décision faisait l’objet d’une demande de contrôle. La Cour d’appel de l’Ontario a refusé de se montrer formaliste et d’appliquer une règle fixe qui aurait obligé le tribunal administratif à s’en tenir à des observations d’un certain type et elle a adopté plutôt une approche contextuelle et discrétionnaire (*Goodis*, par. 32-34). Elle a conclu que l’approche catégorique n’avait pas de fondement rationnel et a fait remarquer qu’une telle approche pouvait avoir des conséquences fâcheuses :

[TRADUCTION] Par exemple, la règle catégorique qui refuse au tribunal administratif la qualité pour agir lorsque la contestation allègue le déni de justice naturelle peut priver la cour d’observations capitales lorsque la contestation se fonde des défaillances alléguées de la structure ou du fonctionnement du tribunal administratif, car ce sont des sujets sur lesquels ce dernier est particulièrement bien placé pour formuler des observations. De même, la règle qui reconnaît à un tribunal administratif la qualité pour défendre sa décision au regard du critère de la raisonnabilité, mais non du critère de la décision correcte, permet le débat inutile et empêche le débat utile. Parce que le meilleur moyen d’établir la raisonnabilité d’une décision peut être de démontrer qu’elle est correcte, une règle fondée sur cette distinction semble au mieux tenue, comme l’affirme le juge Robertson dans *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, [2002] A.N.-B. n° 114, 249 R.N.-B. (2^e) 93 (C.A.), par. 32.

(*Goodis*, par. 34)

[48] La Cour d’appel statue qu’il faut voir dans les arrêts *Northwestern Utilities* et *Paccar* la source de [TRADUCTION] « considérations fondamentales » qui doivent guider l’exercice de son pouvoir discrétionnaire eu égard au contexte de l’affaire (*Goodis*, par. 35). Les deux considérations les plus importantes, selon ces arrêts, sont « la nécessité de faire en sorte que la cour rende une décision parfaitement éclairée sur les questions en litige » (par. 37) et « celle d’assurer l’impartialité du tribunal administratif » (par. 38). La cour doit limiter la participation du tribunal administratif lorsque cette participation est de nature à miner la confiance

to what extent the tribunal should be permitted to make submissions: paras. 36-38.

[49] In *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 246, [2012] 2 F.C.R. 3, Stratas J.A. identified two common law restrictions that, in his view, restricted the scope of a tribunal's participation on appeal from its own decision: finality and impartiality. Finality, the principle whereby a tribunal may not speak on a matter again once it has decided upon it and provided reasons for its decision, is discussed in greater detail below, as it is more directly related to concerns surrounding "bootstrapping" rather than agency standing itself.

[50] The principle of impartiality is implicated by tribunal argument on appeal, because decisions may in some cases be remitted to the tribunal for further consideration. Stratas J.A. found that "[s]ubmissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later": *Quadrini*, at para. 16. However, he ultimately found that these principles did not mandate "hard and fast rules", and endorsed the discretionary approach set out by the Ontario Court of Appeal in *Goodis*: *Quadrini*, at paras. 19-20.

[51] A third example of recent judicial consideration of this issue may be found in *Leon's Furniture Ltd. v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110. In this case, Leon's Furniture challenged the Commissioner's standing to make submissions on the merits of the appeal (para. 16). The Alberta Court of Appeal, too, adopted the position that the law should respond to the fundamental concerns raised in *Northwestern*

ultérieure des citoyens dans son objectivité. La Cour d'appel énumère les considérations — sur lesquelles je reviendrai — qui jouent dans la décision d'autoriser ou non le tribunal administratif à présenter des observations et dans la détermination de la mesure dans laquelle il lui est permis de le faire, le cas échéant (par. 36-38).

[49] Dans *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 246, [2012] 2 R.C.F. 3, le juge Stratas relève deux considérations qui, en common law, limitent selon lui la participation éventuelle d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision : le caractère définitif et l'impartialité. Le principe du caractère définitif veut qu'un tribunal ne puisse se prononcer de nouveau dans une affaire une fois qu'il a rendu sa décision, motifs à l'appui. J'y reviendrai plus en détail, car j'estime que ce principe se rapporte plus directement à l'« autojustification » de sa décision par le tribunal administratif qu'à sa qualité pour agir comme telle.

[50] Le principe de l'impartialité entre en jeu lorsque le tribunal administratif défend une thèse en appel car, dans certains cas, sa décision peut lui être renvoyée pour réexamen. Le juge Stratas conclut que « [l]es observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire » (*Quadrini*, par. 16). Il conclut toutefois au final que les principes applicables n'imposaient pas de « règles absolues », et il souscrit à l'approche discrétionnaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Goodis* (*Quadrini*, par. 19-20).

[51] L'arrêt *Leon's Furniture Ltd. c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2011 ABCA 94, 502 A.R. 110, constitue un troisième exemple récent où une cour de justice est appelée à se pencher sur le sujet. Leon's Furniture a contesté la qualité du commissaire intimé de plaider sur le fond en appel (par. 16). La Cour d'appel de l'Alberta estime elle aussi que le droit applicable doit donner suite aux considérations fondamentales soulevées dans

Utilities but should nonetheless approach the question of tribunal standing with discretion, to be exercised in view of relevant contextual considerations: paras. 28-29.

[52] The considerations set forth by this Court in *Northwestern Utilities* reflect fundamental concerns with regard to tribunal participation on appeal from the tribunal's own decision. However, these concerns should not be read to establish a categorical ban on tribunal participation on appeal. A discretionary approach, as discussed by the courts in *Goodis*, *Leon's Furniture*, and *Quadrini*, provides the best means of ensuring that the principles of finality and impartiality are respected without sacrificing the ability of reviewing courts to hear useful and important information and analysis: see N. Semple, "The Case for Tribunal Standing in Canada" (2007), 20 *C.J.A.L.P.* 305; L. A. Jacobs and T. S. Kuttner, "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616; F. A. V. Falzon, "Tribunal Standing on Judicial Review" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 21.

[53] Several considerations argue in favour of a discretionary approach. Notably, because of their expertise and familiarity with the relevant administrative scheme, tribunals may in many cases be well positioned to help the reviewing court reach a just outcome. For example, a tribunal may be able to explain how one interpretation of a statutory provision might impact other provisions within the regulatory scheme, or the factual and legal realities of the specialized field in which they work. Submissions of this type may be harder for other parties to present.

[54] Some cases may arise in which there is simply no other party to stand in opposition to the party challenging the tribunal decision. Our judicial review processes are designed to function best when both sides of a dispute are argued vigorously before the reviewing court. In a situation where no other well-informed party stands opposed, the presence of a tribunal as an adversarial party may help the court

l'arrêt *Northwestern Utilities*, mais que la question de la qualité pour agir d'un tribunal administratif relève néanmoins d'un pouvoir discrétionnaire qu'il faut exercer eu égard aux éléments contextuels applicables (par. 28-29).

[52] Les considérations énoncées par notre Cour dans *Northwestern Utilities* témoignent de préoccupations fondamentales quant à la participation d'un tribunal administratif à l'appel de sa propre décision. Or, ces préoccupations ne sauraient fonder l'interdiction absolue d'une telle participation. La démarche discrétionnaire préconisée dans *Goodis*, *Leon's Furniture* et *Quadrini* offre le meilleur moyen d'assurer le caractère définitif de la décision et l'impartialité du décideur sans que la cour de révision ne soit alors privée de données et d'analyses à la fois utiles et importantes (voir N. Semple, « The Case for Tribunal Standing in Canada » (2007), 20 *R.C.D.A.P.* 305; L. A. Jacobs et T. S. Kuttner, « Discovering What Tribunals Do : Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616; F. A. V. Falzon, « Tribunal Standing on Judicial Review » (2008), 21 *R.C.D.A.P.* 21).

[53] Plusieurs considérations militent en faveur d'une démarche discrétionnaire. En particulier, vu ses compétences spécialisées et sa connaissance approfondie du régime administratif en cause, le tribunal administratif peut, dans bien des cas, être bien placé pour aider la cour de révision à rendre une juste décision. Par exemple, il peut être en mesure d'expliquer en quoi une certaine interprétation de la disposition législative en cause peut avoir une incidence sur d'autres dispositions du régime de réglementation ou sur les réalités factuelles et juridiques de son domaine de spécialisation. Il pourrait être plus difficile d'obtenir de tels éléments d'information d'autres parties.

[54] Dans certains cas, il n'y a tout simplement personne pour s'opposer à la partie qui conteste la décision du tribunal administratif. Le contrôle judiciaire se révèle optimal lorsque les deux facettes du litige sont vigoureusement défendues devant la cour de révision. Lorsqu'aucune autre partie bien au fait des enjeux ne fait valoir le point de vue opposé, la participation du tribunal administratif à titre de

ensure it has heard the best of both sides of a dispute.

[55] Canadian tribunals occupy many different roles in the various contexts in which they operate. This variation means that concerns regarding tribunal partiality may be more or less salient depending on the case at issue and the tribunal's structure and statutory mandate. As such, statutory provisions addressing the structure, processes and role of the particular tribunal are key aspects of the analysis.

[56] The mandate of the Board, and similarly situated regulatory tribunals, sets them apart from those tribunals whose function it is to adjudicate individual conflicts between two or more parties. For tribunals tasked with this latter responsibility, "the importance of fairness, real and perceived, weighs more heavily" against tribunal standing: *Henthorne v. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, at para. 42.

[57] I am thus of the opinion that tribunal standing is a matter to be determined by the court conducting the first-instance review in accordance with the principled exercise of that court's discretion. In exercising its discretion, the court is required to balance the need for fully informed adjudication against the importance of maintaining tribunal impartiality.

[58] In this case, as an initial matter, the *Ontario Energy Board Act, 1998* expressly provides that "[t]he Board is entitled to be heard by counsel upon the argument of an appeal" to the Divisional Court: s. 33(3). This provision neither expressly grants the Board standing to argue the merits of the decision on appeal, nor does it expressly limit the Board to jurisdictional or standard-of-review arguments as was the case for the relevant statutory provision in *Quadrini*: see para. 2.

partie adverse peut contribuer à faire en sorte que la cour statue après avoir entendu les arguments les plus convaincants de chacune des deux parties au litige.

[55] Les tribunaux administratifs canadiens tiennent nombre de rôles différents dans les contextes variés où ils évoluent, de sorte que la crainte d'une partialité de leur part peut être plus ou moins grande selon l'affaire en cause, ainsi que la structure du tribunal et son mandat légal. Dès lors, les dispositions législatives portant sur la structure, le fonctionnement et la mission d'un tribunal en particulier sont cruciales aux fins de l'analyse.

[56] Le mandat de la Commission, comme celui des tribunaux administratifs qui lui sont apparentés, la différencie des tribunaux administratifs appelés à trancher des différends individuels opposant plusieurs parties. Dans le cas de ces derniers, [TRADUCTION] « l'importance de l'équité, réelle et perçue, milite davantage » contre la reconnaissance de leur qualité pour agir (*Henthorne c. British Columbia Ferry Services Inc.*, 2011 BCCA 476, 344 D.L.R. (4th) 292, par. 42).

[57] Par conséquent, je suis d'avis qu'il appartient à la cour de première instance chargée du contrôle judiciaire de décider de la qualité pour agir d'un tribunal administratif en exerçant son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la cour doit établir un équilibre entre la nécessité d'une décision bien éclairée et l'importance d'assurer l'impartialité du tribunal administratif.

[58] Dans la présente affaire, le par. 33(3) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* prévoit à titre préliminaire que « [l]a Commission a le droit d'être représentée par un avocat lors de l'audition de l'appel » devant la Cour divisionnaire. Cette disposition ne confère pas expressément à la Commission une qualité pour agir qui permet de faire valoir le bien-fondé de sa décision en appel, ni ne limite expressément la thèse qu'elle peut défendre à la présentation d'arguments relatifs à la compétence ou à la norme de contrôle comme le fait la disposition en cause dans l'affaire *Quadrini* (voir par. 2).

[59] In accordance with the foregoing discussion of tribunal standing, where the statute does not clearly resolve the issue, the reviewing court must rely on its discretion to define the tribunal's role on appeal. While not exhaustive, I would find the following factors, identified by the courts and academic commentators cited above, are relevant in informing the court's exercise of this discretion:

- (1) If an appeal or review were to be otherwise unopposed, a reviewing court may benefit by exercising its discretion to grant tribunal standing.
- (2) If there are other parties available to oppose an appeal or review, and those parties have the necessary knowledge and expertise to fully make and respond to arguments on appeal or review, tribunal standing may be less important in ensuring just outcomes.
- (3) Whether the tribunal adjudicates individual conflicts between two adversarial parties, or whether it instead serves a policy-making, regulatory or investigative role, or acts on behalf of the public interest, bears on the degree to which impartiality concerns are raised. Such concerns may weigh more heavily where the tribunal served an adjudicatory function in the proceeding that is the subject of the appeal, while a proceeding in which the tribunal adopts a more regulatory role may not raise such concerns.

[60] Consideration of these factors in the context of this case leads me to conclude that it was not improper for the Board to participate in arguing in favour of the reasonableness of its decision on appeal. First, the Board was the only respondent in the initial review of its decision. Thus, it had no alternative but to step in if the decision was to be defended on the merits. Unlike some other provinces, Ontario has no designated utility consumer advocate, which left the Board — tasked by statute

[59] Au vu de cette analyse de la qualité pour agir d'un tribunal administratif, lorsque le texte législatif applicable n'est pas clair sur ce point, la cour de révision s'en remet à son pouvoir discrétionnaire pour délimiter les attributs du tribunal administratif en appel. Voici quelles sont, entre autres, les considérations — relevées par les juridictions et les auteurs précités — qui délimitent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire :

- (1) lorsque, autrement, l'appel ou la demande de contrôle serait non contesté, il peut être avantageux que la cour de révision exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de reconnaître la qualité pour agir du tribunal administratif;
- (2) lorsque d'autres parties sont susceptibles de contester l'appel ou la demande de contrôle et qu'elles ont les connaissances et les compétences spécialisées nécessaires pour bien avancer une thèse ou la réfuter, la qualité pour agir du tribunal administratif peut revêtir une importance moindre pour l'obtention d'une issue juste;
- (3) le fait que la fonction du tribunal administratif consiste soit à trancher des différends individuels opposant deux parties, soit à élaborer des politiques, à réglementer ou enquêter ou à défendre l'intérêt public influe sur la mesure dans laquelle l'impartialité soulève des craintes ou non. Ces craintes peuvent jouer davantage lorsque le tribunal a exercé une fonction juridictionnelle dans l'instance visée par l'appel, et moins lorsque son rôle s'est révélé d'ordre plutôt réglementaire.

[60] Au vu de ces considérations, je conclus qu'il n'était pas inapproprié que la Commission participe à l'appel pour défendre le caractère raisonnable de sa décision. Premièrement, la Commission était la seule partie intimée lors du contrôle judiciaire initial de sa décision. Elle n'avait donc d'autre choix que de prendre part à l'instance pour que sa décision soit défendue au fond. Contrairement à d'autres provinces, l'Ontario n'a nommé aucun défenseur des droits des clients des services publics,

with acting to safeguard the public interest — with few alternatives but to participate as a party.

[61] Second, the Board is tasked with regulating the activities of utilities, including those in the electricity market. Its regulatory mandate is broad. Among its many roles: it licenses market participants, approves the development of new transmission and distribution facilities, and authorizes rates to be charged to consumers. In this case, the Board was exercising a regulatory role by setting just and reasonable payment amounts to a utility. This is unlike situations in which a tribunal may adjudicate disputes between two parties, in which case the interests of impartiality may weigh more heavily against full party standing.

[62] The nature of utilities regulation further argues in favour of full party status for the Board here, as concerns about the appearance of partiality are muted in this context. As noted by Doherty J.A., “[l]ike all regulated bodies, I am sure Enbridge wins some and loses some before the [Board]. I am confident that Enbridge fully understands the role of the regulator and appreciates that each application is decided on its own merits by the [Board]”: *Enbridge*, at para. 28. Accordingly, I do not find that the Board’s participation in the instant appeal was improper. It remains to consider whether the content of the Board’s arguments was appropriate.

(2) Bootstrapping

[63] The issue of tribunal “bootstrapping” is closely related to the question of when it is proper for a tribunal to act as a party on appeal or judicial review of its decision. The standing issue concerns what types of argument a tribunal may make, i.e.

si bien que la Commission — qui est légalement garante de l’intérêt public — n’avait pas vraiment d’autre avenue que celle de se constituer partie à l’instance.

[61] Deuxièmement, la Commission a pour mandat de réglementer les activités de services publics, y compris ceux qui appartiennent au domaine de l’électricité. Son mandat de réglementation est large. Au nombre de ses nombreuses fonctions, mentionnons l’octroi de permis aux participants du marché, l’approbation de nouvelles installations de transport et de distribution et l’autorisation des tarifs exigés des consommateurs. Dans la présente affaire, la Commission a exercé sa fonction de réglementation en établissant les paiements justes et raisonnables auxquels un service public avait droit. Il s’agit d’une situation différente de celle où le tribunal administratif est habilité à trancher un différend entre deux parties, le souci d’impartialité pouvant alors militer davantage contre la qualité d’agir comme partie à part entière.

[62] L’objet de la réglementation est un autre élément qui milite en faveur de la pleine reconnaissance de la qualité pour agir de la Commission, puisque la crainte d’apparence de partialité est faible en l’espèce. Pour reprendre les propos du juge Doherty dans *Enbridge*, par. 28, [TRADUCTION] « [à] l’instar de tout organisme réglementé, je suis certain que [la Commission] donne parfois raison à Enbridge et lui donne parfois tort. J’ose croire qu’Enbridge comprend parfaitement le rôle de l’organisme de réglementation et sait que [la Commission] statue sur chaque demande en fonction des faits qui lui sont propres ». Je conclus donc que la participation de la Commission au pourvoi n’a rien d’inapproprié. Reste à savoir si les arguments de la Commission sont appropriés.

(2) L’autojustification

[63] La question de l’« autojustification » est étroitement liée à celle de savoir à quelles conditions le tribunal administratif (ci-après le « tribunal ») est en droit d’agir comme partie à l’appel ou au contrôle judiciaire de sa décision. Statuer sur la

jurisdictional or merits arguments, while the bootstrapping issue concerns the content of those arguments.

[64] As the term has been understood by the courts who have considered it in the context of tribunal standing, a tribunal engages in bootstrapping where it seeks to supplement what would otherwise be a deficient decision with new arguments on appeal: see, e.g., *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93. Put differently, it has been stated that a tribunal may not “defen[d] its decision on a ground that it did not rely on in the decision under review”: *Goodis*, at para. 42.

[65] The principle of finality dictates that once a tribunal has decided the issues before it and provided reasons for its decision, “absent a power to vary its decision or rehear the matter, it has spoken finally on the matter and its job is done”: *Quadrini*, at para. 16, citing *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. Under this principle, the court found that tribunals could not use judicial review as a chance to “amend, vary, qualify or supplement its reasons”: *Quadrini*, at para. 16. In *Leon’s Furniture*, Slatter J.A. reasoned that a tribunal could “offer interpretations of its reasons or conclusion, [but] cannot attempt to reconfigure those reasons, add arguments not previously given, or make submissions about matters of fact not already engaged by the record”: para. 29.

[66] By contrast, in *Goodis*, Goudge J.A. found on behalf of a unanimous court that while the Commissioner had relied on an argument not expressly set out in her original decision, this argument was available for the Commissioner to make on appeal. Though he recognized that “[t]he importance of reasoned decision making may be undermined if, when attacked in court, a tribunal can simply offer different, better, or even contrary reasons to

qualité pour agir d’un tribunal c’est décider de ce qu’il peut faire valoir (p. ex. des prétentions relatives à sa compétence ou à la justesse de sa décision), alors que l’« autojustification » touche à la teneur des prétentions.

[64] Suivant le sens attribué à cette notion par les cours de justice qui l’ont examinée dans le contexte de la qualité pour agir, un tribunal « s’autojustifie » lorsqu’il cherche, par la présentation de nouveaux arguments en appel, à étoffer une décision qui, sinon, serait lacunaire (voir p. ex. *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93). Autrement dit, un tribunal ne pourrait [TRADUCTION] « défendre sa décision en invoquant un motif qui n’a pas été soulevé dans la décision faisant l’objet du contrôle » (*Goodis*, par. 42).

[65] Le caractère définitif de la décision veut que, dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, le tribunal ait statué définitivement et que son travail soit terminé, « à moins qu’il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d’entendre à nouveau l’affaire » (*Quadrini*, par. 16, citant *Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Partant, la cour a conclu qu’un tribunal ne peut profiter d’un contrôle judiciaire pour « modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs » (*Quadrini*, par. 16). Dans l’arrêt *Leon’s Furniture*, le juge Slatter affirme qu’un tribunal peut [TRADUCTION] « offrir différentes interprétations de ses motifs ou de sa conclusion, [mais] non tenter de remanier ses motifs, invoquer de nouveaux arguments ou se prononcer sur des questions de fait que ne soulève pas déjà le dossier » (par. 29).

[66] En revanche, le juge Goudge conclut, dans l’arrêt *Goodis*, avec l’accord de tous ses collègues, que même si la commissaire invoque un argument qui ne figure pas expressément dans sa décision initiale, elle peut le soulever en appel. Il reconnaît que [TRADUCTION] « [l’]importance de décisions bien étayées pourrait être compromise si un tribunal pouvait simplement offrir, à l’appui de sa décision attaquée devant une cour de justice,

support its decision” (para. 42), Goudge J.A. ultimately found that the Commissioner was permitted to raise a new argument on judicial review. The new argument presented was “not inconsistent with the reason offered in the decision. Indeed it could be said to be implicit in it”: para. 55. “It was therefore proper for the Commissioner to be permitted to raise this argument before the Divisional Court and equally proper for the court to decide on that basis”: para. 58.

[67] There is merit in both positions on the issue of bootstrapping. On the one hand, a permissive stance toward new arguments by tribunals on appeal serves the interests of justice insofar as it ensures that a reviewing court is presented with the strongest arguments in favour of both sides: *Semple*, at p. 315. This remains true even if those arguments were not included in the tribunal’s original reasons. On the other hand, to permit bootstrapping may undermine the importance of reasoned, well-written original decisions. There is also the possibility that a tribunal, surprising the parties with new arguments in an appeal or judicial review after its initial decision, may lead the parties to see the process as unfair. This may be particularly true where a tribunal is tasked with adjudicating matters between two private litigants, as the introduction of new arguments by the tribunal on appeal may give the appearance that it is “ganging up” on one party. As discussed, however, it may be less appropriate in general for a tribunal sitting in this type of role to participate as a party on appeal.

[68] I am not persuaded that the introduction of arguments by a tribunal on appeal that interpret or were implicit but not expressly articulated in its original decision offends the principle of finality. Similarly, it does not offend finality to permit a tribunal to explain its established policies and practices to the reviewing court, even if those were not described in the reasons under review. Tribunals need not repeat explanations of such practices in every decision merely to guard against charges of bootstrapping should they be called upon to explain them on appeal or review. A tribunal may also

des motifs différents, plus convaincants, voire opposés » (par. 42), mais il conclut finalement que la commissaire peut présenter un nouvel argument dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Le nouvel argument n’est toutefois « pas incompatible avec les motifs formulés dans la décision, car on peut en effet affirmer qu’il en fait implicitement partie » (par. 55). « La commissaire pouvait donc soulever l’argument devant la Cour divisionnaire, et celle-ci pouvait en tenir compte pour se prononcer » (par. 58).

[67] Les deux thèses avancées sur l’autojustification se défendent. D’une part, il est dans l’intérêt de la justice de permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel, car la cour de révision est alors saisie des arguments les plus convaincants à l’appui de chacune des thèses (*Semple*, p. 315). Cela demeure vrai même si ces arguments ne figurent pas dans la décision initiale. D’autre part, autoriser l’autojustification risque de compromettre l’importance de décisions bien étayées et bien rédigées au départ. Permettre au tribunal de présenter de nouveaux arguments en appel ou dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision initiale peut aussi amener les parties à conclure que le processus n’est pas équitable. Il peut surtout en être ainsi lorsque le tribunal est appelé à trancher des différends opposant deux personnes privées, puisque la présentation de nouveaux arguments en appel peut donner l’impression que le tribunal « se ligue » contre l’une des parties. Or, je le rappelle, il ne convient généralement pas que le tribunal doté d’un tel mandat participe en tant que partie à l’appel.

[68] Je ne suis pas convaincu que la formulation en appel de nouveaux arguments qui interprètent la décision initiale ou qui l’étayaient implicitement, mais non expressément, va à l’encontre du principe du caractère définitif. De même, il n’est pas contraire à ce principe de permettre au tribunal d’expliquer à la cour de révision quelles sont ses politiques et pratiques établies, même lorsque les motifs contestés n’en font pas mention. Le tribunal n’a pas à les expliquer systématiquement dans chaque décision à la seule fin de se prémunir contre une allégation d’autojustification advenant qu’il

respond to arguments raised by a counterparty. A tribunal raising arguments of these types on review of its decision does so in order to uphold the initial decision; it is not reopening the case and issuing a new or modified decision. The result of the original decision remains the same even if a tribunal seeks to uphold that effect by providing an interpretation of it or on grounds implicit in the original decision.

[69] I am not, however, of the opinion that tribunals should have the unfettered ability to raise entirely new arguments on judicial review. To do so may raise concerns about the appearance of unfairness and the need for tribunal decisions to be well reasoned in the first instance. I would find that the proper balancing of these interests against the reviewing courts' interests in hearing the strongest possible arguments in favour of each side of a dispute is struck when tribunals do retain the ability to offer interpretations of their reasons or conclusions and to make arguments implicit within their original reasons: see *Leon's Furniture*, at para. 29; *Goodis*, at para. 55.

[70] In this case, I do not find that the Board impermissibly stepped beyond the bounds of its original decision in its arguments before this Court. In its reply factum, the Board pointed out — correctly, in my view — that its submissions before this Court simply highlight what is apparent on the face of the record, or respond to arguments raised by the respondents.

[71] I would, however, urge the Board, and tribunal parties in general, to be cognizant of the tone they adopt on review of their decisions. As Goudge J.A. noted in *Goodis*:

... if an administrative tribunal seeks to make submissions on a judicial review of its decision, it [should] pay careful attention to the tone with which it does so. Although this is not a discrete basis upon which its standing might be limited, there is no doubt that the tone

soit appelé à les préciser en appel ou en contrôle judiciaire. Il peut aussi répondre aux arguments de la partie adverse dans le cadre du contrôle judiciaire de sa décision car il le fait dans le but de faire confirmer sa décision initiale, non de rouvrir le dossier et de rendre une nouvelle décision ou de modifier la décision initiale. L'effet de la décision initiale demeure inchangé même lorsque le tribunal demande sa confirmation en offrant une interprétation de cette décision ou en invoquant des motifs qui la sous-tendent implicitement.

[69] Cependant, je ne crois pas qu'un tribunal devrait avoir la possibilité inconditionnelle de présenter une thèse entièrement nouvelle dans le cadre d'un contrôle judiciaire, car lui reconnaître cette faculté pourrait l'exposer à des allégations d'iniquité et nuire au prononcé de décisions bien motivées au départ. Je suis d'avis qu'il y a un juste équilibre entre ces considérations et celles voulant que la cour de révision entende les arguments les plus convaincants de chacune des parties lorsqu'il est permis au tribunal d'offrir différentes interprétations de ses motifs ou de ses conclusions ou de présenter des arguments qui sous-tendent implicitement ses motifs initiaux (voir *Leon's Furniture*, par. 29; *Goodis*, par. 55).

[70] Je ne crois pas que, dans la présente affaire, la Commission a indûment outrepassé les limites de sa décision initiale lorsqu'elle a présenté ses arguments devant notre Cour. Dans son mémoire en réplique, la Commission signale — à juste titre, selon moi — que ses observations mettent simplement en évidence ce qui ressort du dossier ou répondent aux arguments des intimées.

[71] J'exhorte toutefois la Commission et, de façon générale, tout tribunal qui se constitue partie à une instance à se soucier du ton qu'il adopte lors du contrôle judiciaire de sa décision. Comme le fait remarquer le juge Goudge dans l'arrêt *Goodis*,

[TRADUCTION] le tribunal administratif qui veut faire valoir son point de vue lors du contrôle judiciaire de sa décision [doit] porte[r] une attention particulière au ton qu'il adopte. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un motif précis pour lequel sa qualité pourrait être restreinte, il ne

of the proposed submissions provides the background for the determination of that issue. A tribunal that seeks to resist a judicial review application will be of assistance to the court to the degree its submissions are characterized by the helpful elucidation of the issues, informed by its specialized position, rather than by the aggressive partisanship of an adversary. [para. 61]

[72] In this case, the Board generally acted in such a way as to present helpful argument in an adversarial but respectful manner. However, I would sound a note of caution about the Board's assertion that the imposition of the prudent investment test "would in all likelihood not change the result" if the decision were remitted for reconsideration (A.F., at para. 99). This type of statement may, if carried too far, raise concerns about the principle of impartiality such that a court would be justified in exercising its discretion to limit tribunal standing so as to safeguard this principle.

B. *Standard of Review*

[73] The parties do not dispute that reasonableness is the appropriate standard of review for the Board's actions in applying its expertise to set rates and approve payment amounts under the *Ontario Energy Board Act, 1998*. I agree. In addition, to the extent that the resolution of this appeal turns on the interpretation of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, the Board's home statute, a standard of reasonableness presumptively applies: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at para. 35. Nothing in this case suggests the presumption should be rebutted.

[74] This appeal involves two distinct uses of the term "reasonable". One concerns the standard of review: on appeal, this Court is charged with evaluating the "justification, transparency and intelligibility" of the Board's reasoning, and "whether the

fait aucun doute que le ton des observations proposées offre une toile de fond à cet égard. Le tribunal qui désire contester une demande de contrôle judiciaire sera utile à la cour dans la mesure où ses observations permettront d'éclaircir les questions et où elles seront fondées sur ses connaissances spécialisées, au lieu d'être empreintes d'un parti pris agressif contre la partie adverse. [par. 61]

[72] En l'espèce, la Commission a généralement présenté des arguments utiles dans le cadre d'un débat contradictoire, mais respectueux. Une mise en garde s'impose toutefois selon moi en ce qui concerne l'affirmation de la Commission selon laquelle l'application du critère de l'investissement prudent [TRADUCTION] « ne changerait vraisemblablement pas l'issue de l'affaire » si la décision lui était renvoyée pour réexamen (m.a., par. 99). Une telle affirmation peut, si elle est poussée trop loin, faire douter de l'impartialité du tribunal au point où une cour de justice serait justifiée d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de limiter la qualité pour agir du tribunal de manière à préserver son impartialité.

B. *Norme de contrôle*

[73] Les parties conviennent que la norme de contrôle qui s'applique aux actes de la Commission lorsqu'elle fait appel à son expertise pour fixer les tarifs et approuver des paiements sur le fondement de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* est celle de la décision raisonnable. Je suis d'accord. En outre, dans la mesure où l'issue du pourvoi repose sur l'interprétation de cette loi — la loi constitutive de la Commission —, l'application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35). Rien ne donne à penser en l'espèce que la présomption soit réfutée.

[74] Le pourvoi fait intervenir deux notions distinctes de ce qui est « raisonnable ». L'une est liée à la norme de contrôle : en appel, la Cour doit apprécier la « justification [. . .], [. . .] la transparence et [. . .] l'intelligibilité » du raisonnement de la

decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47). The other is statutory: the Board’s rate-setting powers are to be used to ensure that, in its view, a just and reasonable balance is struck between utility and consumer interests. These reasons will attempt to keep the two uses of the term distinct.

C. Choice of Methodology Under the Ontario Energy Board Act, 1998

[75] The question of whether the Board’s decision to disallow recovery of certain costs was reasonable turns on how that decision relates to the Board’s statutory and regulatory powers to approve payments to utilities and to have these payments reflected in the rates paid by consumers. The Board’s general rate- and payment-setting powers are described above under the “Regulatory Framework” heading.

[76] The just-and-reasonable approach to recovery of the cost of services provided by a utility captures the essential balance at the heart of utilities regulation: to encourage investment in a robust utility infrastructure and to protect consumer interests, utilities must be allowed, over the long run, to earn their cost of capital, no more, no less.

[77] The *Ontario Energy Board Act, 1998* does not, however, either in s. 78.1 or elsewhere, prescribe the methodology the Board must use to weigh utility and consumer interests when deciding what constitutes just and reasonable payment amounts to the utility. Indeed, s. 6(1) of O. Reg. 53/05 expressly permits the Board, subject to certain exceptions set out in s. 6(2), to “establish the form, methodology, assumptions and calculations used in making an order that determines payment amounts for the purpose of section 78.1 of the Act”.

Commission et se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47). L’autre est d’origine législative : la Commission doit utiliser son pouvoir de fixation des tarifs de manière à établir un équilibre qu’elle considère juste et raisonnable entre les intérêts du service public et ceux des consommateurs. Je m’efforce ci-après de respecter cette distinction.

C. Choix de la méthode suivant la Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario

[75] La question de savoir si le refus de la Commission d’approuver le recouvrement de certaines dépenses est raisonnable ou non dépend du lien de ce refus avec les pouvoirs légaux et réglementaires de la Commission d’approuver des paiements au service public et de répercuter ces paiements sur les tarifs exigés des consommateurs. Les pouvoirs généraux de la Commission en matière de fixation des tarifs et des paiements sont énoncés précédemment à la rubrique « Cadre réglementaire ».

[76] L’approche fondée sur le caractère juste et raisonnable des dépenses qu’un service public peut recouvrer rend compte de l’équilibre essentiel recherché dans la réglementation des services publics : pour encourager l’investissement dans une infrastructure robuste et protéger l’intérêt des consommateurs, un service public doit pouvoir, à long terme, toucher l’équivalent du coût du capital, ni plus, ni moins.

[77] Or, la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ne prévoit ni à l’art. 78.1 ni à quelque autre article la méthode que doit utiliser la Commission pour soulever les intérêts respectifs du service public et des consommateurs lorsqu’elle décide ce qui constitue des paiements justes et raisonnables. Certes, sous réserve de certaines exceptions prévues au par. 6(2), le par. 6(1) du règlement 53/05 permet expressément à la Commission de [TRADUCTION] « définir la forme, la méthode, les hypothèses et les calculs utilisés pour rendre une ordonnance qui établit le montant du paiement aux fins de l’article 78.1 de la Loi ».

[78] As a contrasting example, para. 4.1 of s. 6(2) of O. Reg. 53/05 establishes a specific methodology for use when the Board reviews “costs incurred and firm financial commitments made in the course of planning and preparation for the development of proposed new nuclear generation facilities”. When reviewing such costs, the Board must be satisfied that “the costs were prudently incurred” and that “the financial commitments were prudently made”: para. 4.1 of s. 6(2). The provision thus establishes a specific context in which the Board’s analysis is focused on the prudence of the decision to incur or commit to certain costs. The absence of such language in the more general s. 6(1) provides further reason to read the regulation as providing broad methodological discretion to the Board in making orders for payment amounts where the specific provisions of s. 6(2) do not apply.

[79] Regarding whether a presumption of prudence must be applied to OPG’s decisions to incur costs, neither the *Ontario Energy Board Act, 1998* nor O. Reg. 53/05 expressly establishes such a presumption. Indeed, the *Ontario Energy Board Act, 1998* places the burden on the applicant utility to establish that payment amounts approved by the Board are just and reasonable: s. 78.1(6) and (7). It would thus seem inconsistent with the statutory scheme to presume that utility decisions to incur costs were prudent.

[80] Justice Abella concludes that the Board’s review of OPG’s costs should have consisted of “an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility’s expenditures were reasonable”: para. 150. Such an approach is contrary to the statutory scheme. While the Board has considerable methodological discretion, it does not have the freedom to displace the burden of proof established by s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*: “. . . the burden of proof is on the applicant in an application made under this section”. Of course, this does not imply that the applicant must systematically prove that every single cost is just

[78] En revanche, la disposition 4.1 du par. 6(2) du règlement 53/05 prescrit le recours à une méthode particulière lorsque la Commission examine [TRADUCTION] « les dépenses faites et les engagements financiers fermes pris dans le cadre de la planification et de la préparation relatives à la réalisation d’installations nucléaires projetées ». La Commission doit être convaincue que « les dépenses ont été faites de manière prudente » et que « les engagements financiers ont été pris de manière prudente » (la disposition 4.1 du par. 6(2)). La disposition établit donc un cadre précis où l’analyse de la Commission est axée sur la prudence de la décision de faire certaines dépenses ou de convenir de certaines dépenses. L’absence d’un libellé en ce sens dans la disposition générale qu’est le par. 6(1) constitue un autre motif de considérer que le règlement confère à la Commission un large pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer pour ordonner un paiement lorsque les dispositions particulières du par. 6(2) ne s’appliquent pas.

[79] Pour ce qui concerne la question de savoir si la présomption de prudence doit s’appliquer aux décisions d’OPG de faire des dépenses, ni la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, ni le règlement 53/05 n’établissent expressément une telle présomption. D’ailleurs, suivant cette loi, il incombe au service public requérant d’établir que les paiements qu’il demande à la Commission d’approuver sont justes et raisonnables (par. 78.1(6) et (7)). Il semble donc contraire au régime législatif de présumer que la décision de faire des dépenses est prudente.

[80] La juge Abella conclut que l’examen des dépenses d’OPG par la Commission aurait dû consister à « contrôler la prudence des dépenses après coup et [à] appliquer la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables » (par. 150). Or, une telle approche est contraire au régime législatif. La Commission jouit certes d’une grande marge de manœuvre quant au choix d’une méthode, mais elle n’a pas la faculté d’inverser le fardeau de la preuve établi au par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* : “. . . le fardeau de la preuve incombe au requérant dans une requête présentée en vertu du

and reasonable. The Board has broad discretion to determine the methods it may use to examine costs — it just cannot shift the burden of proof contrary to the statutory scheme.

[81] In judicially reviewing a decision of the Board to allow or disallow payments to a utility, the court's role is to assess whether the Board reasonably determined that a certain payment amount was "just and reasonable" for both the utility and the consumers. Such an approach is consistent with this Court's rate-setting jurisprudence in other regulatory domains in which the regulator is given methodological discretion, where it has been observed that "[t]he obligation to act is a question of law, but the choice of the method to be adopted is a question of discretion with which, under the statute, no Court of law may interfere": *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at para. 40 (concerning telecommunication rate-setting), quoting *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (S.C.C.), at p. 13 (concerning railway freight rates). Of course, today this statement must be understood to permit intervention by a court where the exercise of discretion rendered a decision unreasonable. Accordingly, it remains to determine whether the Board's analytical approach to disallowing the costs at issue in this case rendered the Board's decision unreasonable under the "just and reasonable" standard.

D. Characterization of Costs at Issue

[82] Forecast costs are costs which the utility has not yet paid, and over which the utility still retains discretion as to whether the disbursement will be

présent article ». Il ne s'ensuit pas, bien sûr, que le requérant doit systématiquement prouver le caractère juste et raisonnable de chacune de ses dépenses, individuellement. La Commission jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arrêter les méthodes à employer dans l'examen des dépenses, mais elle ne peut tout simplement pas inverser le fardeau de la preuve qu'établit le régime législatif.

[81] La cour de justice appelée à contrôler la décision de la Commission d'approuver ou non des paiements à un service public doit se demander si la conclusion de la Commission selon laquelle un paiement d'un certain montant est « juste et raisonnable » tant pour le service public que pour le consommateur est raisonnable ou non. Cette approche concorde avec les décisions de notre Cour sur l'établissement de tarifs dans d'autres secteurs réglementés où l'organisme de réglementation dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de recourir à une méthode ou à une autre. Dans ces décisions, la Cour signale que « [l']obligation d'agir est une question de droit, mais le choix de la méthode est une question relevant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire et à l'égard de laquelle, selon le texte de loi, aucun tribunal judiciaire ne peut intervenir » (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 40 (tarification des télécommunications), citant *Re General Increase in Freight Rates* (1954), 76 C.R.T.C. 12 (C.S.C.), p. 13 (tarification du transport ferroviaire des marchandises)). Certes, de nos jours, il faut voir dans ces propos la reconnaissance du pouvoir d'une cour de justice d'intervenir lorsqu'elle estime que l'exercice du pouvoir discrétionnaire a débouché sur une décision déraisonnable. Reste donc à décider si la méthode d'analyse retenue par la Commission pour refuser d'approuver les dépenses en l'espèce a rendu sa décision déraisonnable selon la norme du paiement « juste et raisonnable ».

D. Qualification des dépenses en cause

[82] Les dépenses prévues sont celles que le service public n'a pas encore acquittées et qu'un pouvoir discrétionnaire lui permet de renoncer à faire.

made. A disallowance of such costs presents a utility with a choice: it may change its plans and avoid the disallowed costs, or it may incur the costs regardless of the disallowance with the knowledge that the costs will ultimately be borne by the utility's shareholders rather than its ratepayers. By contrast, committed costs are those for which, if a regulatory board disallows recovery of the costs in approved payments, the utility and its shareholders will have no choice but to bear the burden of those costs themselves. This result may occur because the utility has already spent the funds, or because the utility entered into a binding commitment or was subject to other legal obligations that leave it with no discretion as to whether to make the payment in the future.

[83] There is disagreement between the parties as to how the costs disallowed by the Board in this matter should be characterized. The Board asserts that compensation costs for the test period are forecast insofar as they have not yet been disbursed, while OPG asserts that the costs should be characterized as committed, because OPG is under a contractual obligation to pay those amounts when they become due. This disagreement is important because a “no hind-sight” prudence review, which is discussed in detail below, has developed in the context of “committed” costs. Indeed, it makes no sense to apply such a test where a utility still retains discretion over whether the costs will ultimately be incurred; the decision to commit the utility to such costs has not yet been made. Accordingly, where the regulator has discretion over its methodological approach, understanding whether the costs at issue are “forecast” or “committed” may be helpful in reviewing the reasonableness of a regulator's choice of methodology.

[84] In this case, at least some of the compensation costs that the Board found to be excessive were driven by collective agreements to which OPG had committed before the application at issue, and which established compensation costs that were, in aggregate, above the 75th percentile for comparable positions at other utilities. The collective agreements left OPG with limited flexibility

Lorsque leur approbation est refusée, le service public peut soit modifier ses plans et renoncer aux dépenses, soit les faire malgré le refus étant entendu qu'elles seront assumées par les actionnaires plutôt que par les consommateurs. À l'opposé, les dépenses convenues sont celles que ses actionnaires et lui n'auront d'autre choix que d'assumer si l'organisme de réglementation refuse de permettre leur recouvrement et d'approuver les paiements sollicités. Cela peut advenir lorsque le service public a déjà déboursé la somme en cause ou qu'il a pris un engagement contraignant ou était assujéti à d'autres obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas acquitter la somme ultérieurement.

[83] Les parties ne s'entendent pas sur la qualification des dépenses que la Commission a refusé d'approuver. Selon cette dernière, les dépenses de rémunération pour la période de référence sont des dépenses prévues dans la mesure où elles n'ont pas encore été acquittées. OPG soutient plutôt qu'il s'agit de dépenses convenues puisqu'elle est tenue par contrat de verser les sommes en cause au moment où elles deviennent exigibles. Ce désaccord est important car le contrôle de la prudence « sans recul », sur lequel je reviendrai plus en détail, a vu le jour dans le contexte de dépenses « convenues ». Il est en effet absurde d'appliquer ce critère lorsque le service public peut encore décider, en fin de compte, de faire ou non les dépenses; la décision de convenir de ces dépenses n'a pas encore été prise. Par conséquent, lorsque l'organisme de réglementation possède un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à employer, la qualification des dépenses — « prévues » ou « convenues » — peut constituer une étape importante pour statuer sur le caractère raisonnable de la méthode retenue.

[84] En l'espèce, au moins une partie des dépenses de rémunération jugées excessives par la Commission était imputable à des conventions collectives qu'OPG avait conclues avant la présentation de sa demande et qui faisaient en sorte que sa masse salariale globale dépasse le 75^e percentile pour des emplois comparables dans d'autres services publics. Les conventions collectives laissaient

regarding overall compensation rates or staffing levels — OPG was required to abide by wage and staffing levels established by collective agreements, and retained flexibility only over terms outside the bounds of those agreements — and thus those portions of OPG’s compensation rates and staffing levels that were dictated by the terms of the collective agreements were committed costs.

[85] However, the Board found that OPG’s compensation costs for the test period were not entirely driven by the collective agreements, and thus were not entirely committed, because OPG retained some flexibility to manage total staffing levels in light of projected attrition of a mature workforce. The Board Decision did not, however, include detailed forecasts regarding exactly how much of the \$145 million in disallowed compensation costs could be recovered through natural reduction in employee numbers or other adjustments, and how much would necessarily be borne by the utility and its shareholder. Accordingly, the disallowed costs at issue must be understood as being at least partially committed. It is unreasonable to characterize them as entirely forecast in view of the constraints placed on OPG by the collective agreements.

[86] Having established that the disallowed costs are at least partially committed, it is necessary to consider whether the Board acted reasonably in not applying a no-hindsight prudent investment test in assessing those costs. Accordingly, I now turn to the jurisprudential history and methodological details of the prudent investment test.

E. The Prudent Investment Test

[87] In order to assess whether the Board’s methodology was reasonable in this case, it is necessary to provide some background on the prudent investment test (sometimes referred to as “prudence review” or the “prudence test”) in order to identify its origins, place it in context, and explore how it has

peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble, OPG devait respecter ceux établis par les conventions collectives et elle ne jouissait d’une marge de manœuvre que pour les conditions qui n’étaient pas ainsi régies. Par conséquent, les dépenses liées aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation imposés par les conventions collectives étaient des dépenses convenues.

[85] La Commission conclut cependant que les dépenses de rémunération pour la période de référence ne sont pas toutes déterminées par les conventions collectives et qu’elles ne sont donc pas toutes convenues, car OPG dispose d’une certaine marge de manœuvre pour gérer globalement les niveaux de dotation en fonction du départ prévu d’employés d’âge mûr. Toutefois, la décision de la Commission ne précise pas quel pourcentage exact des 145 millions de dollars refusés au chapitre de la rémunération pourrait être recouvré grâce à la réduction naturelle du nombre d’employés ou à d’autres ajustements, ni quel pourcentage serait nécessairement assumé par le service public et son actionnaire. Par conséquent, les dépenses refusées en l’espèce doivent être considérées comme des dépenses convenues, du moins en partie. Il est déraisonnable d’y voir en totalité des dépenses prévues étant donné l’effet contraignant des conventions collectives sur OPG.

[86] Après avoir établi que les dépenses refusées sont, du moins partiellement, des dépenses convenues, il faut déterminer si la Commission a agi de façon raisonnable en appliquant le critère de l’investissement prudent sans exclure le recul. J’examine donc maintenant l’historique jurisprudentiel du critère de l’investissement prudent et les données méthodologiques y afférentes.

E. Le critère de l’investissement prudent

[87] Décider si la méthode de la Commission était raisonnable en l’espèce exige de se pencher sur l’historique du critère de l’investissement prudent (parfois appelé « contrôle de la prudence » ou « critère de la prudence ») pour déterminer ses origines, le situer dans le contexte et savoir quelle portée lui

been understood by utilities, regulators, and legislators.

(1) American Jurisprudence

[88] American jurisprudence has played a significant role in the history of the prudent investment test in utilities regulation. In discussing this history, I would first reiterate this Court's observation that "[w]hile the American jurisprudence and texts in this area should be considered with caution given that Canada and the United States have very different political and constitutional-legal regimes, they do shed some light on the issue": *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 54.

[89] The origins of the prudent investment test in the context of utilities regulation may be traced to Justice Brandeis of the Supreme Court of the United States, who wrote a concurring opinion in 1923 to observe that utilities should receive deference in seeking to recover "investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable": *State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn.1.

[90] In the decades that followed, American utility regulators tasked with reviewing past-incurred utility costs generally employed one of two standards: the "used and useful" test or the "prudent investment" test (J. Kahn, "Keep *Hope Alive*: Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs" (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, at p. 49). These tests took different approaches to determining what costs could justly and reasonably be passed on to ratepayers. The used and useful test allowed utilities to earn returns only on those investments that were actually used and useful to the utility's operations, on the principle that ratepayers should not be compelled to pay for investments that do not benefit them.

ont attribué les services publics, les organismes de réglementation et les rédacteurs législatifs.

(1) Jurisprudence américaine

[88] La jurisprudence américaine a joué un rôle important dans l'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés. Rappelons d'abord l'observation de notre Cour selon laquelle, « [b]ien qu'il faille aborder avec circonspection la jurisprudence et la doctrine américaines dans ce domaine — les régimes politiques des États-Unis et du Canada étant fort différents, tout comme leurs régimes de droit constitutionnel —, elles éclairent la question » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 54).

[89] L'application du critère de l'investissement prudent aux services publics réglementés s'origine de l'opinion concordante du juge Brandeis, de la Cour suprême des États-Unis, datant de 1923 et selon laquelle les services publics ont droit à la déférence lorsqu'ils cherchent à recouvrer [TRADUCTION] « un investissement qui, normalement, serait considéré comme raisonnable » (*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1).

[90] Dans les décennies qui ont suivi, les organismes de réglementation américains chargés de l'examen de dépenses déjà faites par les services publics ont généralement appliqué soit le critère axé sur [TRADUCTION] « l'emploi et l'utilité », soit le critère de « l'investissement prudent » (J. Kahn, « *Keep Hope Alive : Updating the Prudent Investment Standard for Allocating Nuclear Plant Cancellation Costs* » (2010), 22 *Fordham Envtl. L. Rev.* 43, p. 49). À chacun de ces critères correspond une approche différente pour déterminer quelles dépenses peuvent équitablement et raisonnablement être réfilés aux consommateurs. Le critère de l'emploi et de l'utilité permet au service public d'obtenir un rendement, mais seulement sur l'investissement qui est réellement employé et qui se révèle utile à l'exploitation de l'entreprise, étant entendu que les consommateurs ne doivent pas être tenus de payer pour un investissement dont ils ne bénéficient pas.

[91] By contrast, the prudent investment test followed Justice Brandeis's preferred approach by allowing for recovery of costs provided they were not imprudent based on what was known at the time the investment or expense was incurred: Kahn, at pp. 49-50. Though it may seem problematic from the perspective of consumer interests to adopt the prudent investment test — a test that allows for payments related to investments that may not be used or useful — it gives regulators a tool to soften the potentially harsh effects of the used and useful test, which may place onerous burdens on utilities. Disallowing recovery of the cost of failed investments that appeared reasonable at the time, for example, may imperil the financial health of utilities, and may chill the incentive to make such investments in the first place. This effect may then have negative implications for consumers, whose long-run interests will be best served by a dynamically efficient and viable electricity industry. Thus, the prudent investment test may be employed by regulators to strike the appropriate balance between consumer and utility interests: see Kahn, at pp. 53-54.

[92] The states differed in their approaches to setting the statutory foundation for utility regulation. Regulators in some states were free to apply the prudent investment test, while other states enacted statutory provisions disallowing compensation in respect of capital investments that were not “used and useful in service to the public”: *Duquesne Light Co. v. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), at p. 302. Notably, when asked in *Duquesne* to consider whether “just and reasonable” payments to utilities required, as a constitutional matter, that the prudent investment test be applied to past-incurred costs, the U.S. Supreme Court held that “[t]he designation of a single theory of ratemaking as a constitutional requirement would unnecessarily foreclose alternatives which could benefit both consumers and investors”: p. 316.

[91] Au critère de l'investissement prudent correspond l'approche retenue par le juge Brandeis et selon laquelle des dépenses peuvent être recouvrées si elles ne sont pas imprudentes compte tenu de ce qu'on sait au moment où est fait l'investissement ou la dépense (Kahn, p. 49-50). Bien qu'il puisse sembler problématique du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs d'adopter le critère de l'investissement prudent — dans la mesure où il autorise un paiement pour un investissement qui n'a été ni employé ni utile —, ce critère permet aux organismes de réglementation d'atténuer les possibles effets draconiens du critère de l'emploi et de l'utilité, lequel impose un lourd fardeau au service public. Par exemple, refuser le recouvrement d'un mauvais investissement qui paraissait raisonnable au moment où il a été fait risque de compromettre la santé financière du service public et d'avoir un effet dissuasif sur l'investissement ultérieur de capitaux par ce dernier. Pareil résultat peut ensuite entraîner des conséquences négatives pour les consommateurs, dont les intérêts à long terme sont mieux servis si le secteur de l'électricité est à la fois dynamique, efficace et viable. Par conséquent, un organisme de réglementation peut recourir au critère de l'investissement prudent afin d'établir un juste équilibre entre les intérêts des consommateurs et ceux du service public (voir Kahn, p. 53-54).

[92] Les États ont eu recours à des approches différentes pour établir le fondement légal de la réglementation des services publics. Certains ont permis aux organismes de réglementation d'appliquer le critère de l'investissement prudent, alors que d'autres ont légiféré pour écarter le recouvrement de capitaux investis qui n'étaient [TRADUCTION] « ni employés ni utiles au public » (*Duquesne Light Co. c. Barasch*, 488 U.S. 299 (1989), p. 302). Fait à signaler, dans cette affaire où on lui demandait si des paiements « justes et raisonnables » à un service public nécessitaient, sur le plan constitutionnel, que le critère de l'investissement prudent s'applique aux dépenses déjà faites, la Cour suprême des É.-U. a conclu que « [l']élévation d'une seule méthode de tarification au rang de norme constitutionnelle écarterait inutilement d'autres avenues dont pourraient bénéficier à la fois consommateurs et investisseurs » (p. 316).

[93] American courts have also recognized that there may exist some contexts in which certain features of the prudent investment test may be less justifiable. For example, the Supreme Court of Utah considered whether a presumption of reasonableness was justified when reviewing costs passed to a utility by an unregulated affiliate entity, and concluded that it was not appropriate:

... we do not think an affiliate expense should carry a presumption of reasonableness. While the pressures of a competitive market might allow us to assume, in the absence of a showing to the contrary, that nonaffiliate expenses are reasonable, the same cannot be said of affiliate expenses not incurred in an arm's length transaction.

(*U.S. West Communications, Inc. v. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), at p. 274)

[94] Treatment of the prudent investment test in American jurisprudence thus indicates that the test has been employed as a tool that may be useful in arriving at just and reasonable outcomes, rather than a mandatory feature of utilities regulation that must be applied regardless of whether there is statutory language to that effect.

(2) Canadian Jurisprudence

[95] Following its emergence in American jurisprudence, several Canadian utility regulators and courts have also considered the role of prudence review and, in some cases, applied a form of the prudent investment test. I provide a review of some of these cases here not in an attempt to exhaustively catalogue all uses of the test, but rather to set out the way in which the test has been invoked in various contexts.

[96] In *British Columbia Electric Railway Co. v. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] S.C.R. 837, Martland J. observed that the statute at issue in that case directed that the regulator, in fixing rates,

[93] Les cours de justice américaines ont aussi reconnu que, dans certains contextes, des aspects du critère de l'investissement prudent peuvent se révéler moins justifiables. Par exemple, saisie du contrôle judiciaire de coûts transférés à un service public par une entreprise affiliée non réglementée, la Cour suprême de l'Utah s'est demandé s'il était justifié de présumer que les coûts étaient raisonnables et elle a conclu par la négative :

[TRADUCTION] ... nous ne pensons pas que les dépenses de l'affiliée devraient être présumées raisonnables. Bien que la pression exercée par un marché concurrentiel puisse nous permettre de présumer, faute d'une preuve contraire, que les dépenses d'une entreprise non affiliée sont raisonnables, on ne peut en dire autant des dépenses d'une affiliée qui ne sont pas faites dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance.

(*U.S. West Communications, Inc. c. Public Service Commission of Utah*, 901 P.2d 270 (Utah 1995), p. 274)

[94] Il appert donc de la jurisprudence américaine que le critère de l'investissement prudent s'est révélé utile pour arriver à un résultat juste et raisonnable, mais qu'il ne saurait constituer un élément obligatoire de la réglementation des services publics dont l'application s'impose même lorsqu'aucune disposition législative ne le prévoit.

(2) Jurisprudence canadienne

[95] Sous l'impulsion de la jurisprudence américaine, plusieurs organismes de réglementation et cours de justice du Canada se sont aussi penchés sur le rôle du contrôle de la prudence et ont parfois appliqué une variante du critère de l'investissement prudent. Je passerai en revue certaines de leurs décisions dans le but non pas de répertorier toutes les applications du critère, mais bien de faire état de la manière dont on l'a appliqué dans différents contextes.

[96] Dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co. c. Public Utilities Commission of British Columbia*, [1960] R.C.S. 837, le juge Martland relève que, suivant la loi en cause, l'organisme de réglementation est tenu à ce qui suit lorsqu'il fixe des tarifs :

[TRADUCTION]

- (a) . . . shall consider all matters which it deems proper as affecting the rate: [and]
- (b) . . . shall have due regard, among other things, to the protection of the public from rates that are excessive as being more than a fair and reasonable charge for services of the nature and quality furnished by the public utility; and to giving to the public utility a fair and reasonable return upon the appraised value of the property of the public utility used, or prudently and reasonably acquired, to enable the public utility to furnish the service. [p. 852]

(Quoting *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 277, s. 16(1)(b) (repealed S.B.C. 1973, c. 29, s. 187).)

The consequence of this statutory language, Martland J. held, was that the regulator, “when dealing with a rate case, has unlimited discretion as to the matters which it may consider as affecting the rate, but that it must, when actually setting the rate, meet the two requirements specifically mentioned in clause (b)”: p. 856. That is, the regulator, under this statute, must ensure that the public pays only fair and reasonable charges, and that the utility secures a fair and reasonable return upon its property used *or prudently and reasonably acquired*. This express statutory protection for the recovery of prudently made property acquisition costs thus provides an example of statutory language under which this Court found a non-discretionary obligation to provide a fair return to utilities for capital expenditures that were either used or prudently acquired.

[97] In 2005, the Nova Scotia Utility and Review Board (“NSUARB”) considered and adopted a definition of the prudent investment test articulated by the Illinois Commerce Commission:

. . . prudence is that standard of care which a reasonable person would be expected to exercise under the same circumstances encountered by utility management at the time decisions had to be made. . . . Hindsight is not applied in assessing prudence. . . . A utility’s decision is

- (a) . . . considérer tout élément qu’il juge susceptible d’influer sur les tarifs; [et]
- (b) . . . tenir dûment compte, notamment, de la protection du public contre les tarifs excessifs qui excèdent ce qui est juste et raisonnable en contrepartie du service de la nature et de la qualité de celui fourni et de l’obtention par le service public d’un rendement juste et raisonnable sur les biens qu’il affecte à la prestation du service ou qu’il acquiert à cette fin de manière prudente et raisonnable, selon leur valeur d’expertise. [p. 852]

(Citant *Public Utilities Act*, R.S.B.C. 1948, c. 227, al. 16(1)(b) (abrogé S.B.C. 1973, c. 29, art. 187).)

Le juge Martland conclut de ce libellé que l’organisme de réglementation [TRADUCTION] « appelé à se prononcer sur la fixation de tarifs jouit d’un pouvoir discrétionnaire absolu quant aux éléments qu’il juge susceptibles d’influer sur les tarifs, mais qu’il doit, lorsqu’il établit la tarification, satisfaire aux deux exigences expressément prévues à l’al. (b) » (p. 856). Ainsi, l’organisme de réglementation est tenu par cette loi de faire en sorte que le public ne paie que ce qui est juste et raisonnable et que le service public obtienne un rendement juste et raisonnable sur la valeur des biens qu’il a utilisés *ou acquis de manière prudente et raisonnable*. Cette protection légale expresse du recouvrement du coût des biens acquis avec prudence offre un exemple de libellé législatif sur le fondement duquel notre Cour a conclu à l’existence d’une obligation non discrétionnaire d’assurer au service public un rendement juste sur les immobilisations qu’il a utilisées ou acquises avec prudence.

[97] En 2005, la Nova Scotia Utility and Review Board (« NSUARB ») a examiné puis adopté la définition du critère de l’investissement prudent proposée par l’Illinois Commerce Commission :

[TRADUCTION] . . . la prudence est la norme de diligence qu’une personne raisonnable aurait respectée dans la situation rencontrée par la direction du service public au moment où elle a dû prendre les décisions. [. . .] Le recul est exclu lorsqu’il s’agit d’apprécier la prudence. [. . .]

prudent if it was within the range of decisions reasonable persons might have made. . . . The prudence standard recognizes that reasonable persons can have honest differences of opinion without one or the other necessarily being imprudent.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (“*Nova Scotia Power 2005*”), at para. 84 (CanLII))

The NSUARB then wrote that “[f]ollowing a review of the cases, the Board finds that the definition of imprudence as set out by the Illinois Commerce Commission is a reasonable test to be applied in Nova Scotia”: para. 90. The NSUARB then considered, among other things, whether the utility’s recent fuel procurement strategy had been prudent, and found that it had not: para. 94. It did not, however, indicate that it believed itself to be compelled to apply the prudent investment test.

[98] The NSUARB reaffirmed its endorsement of the prudent investment test in 2012: *Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (“*Nova Scotia Power 2012*”), at paras. 143-46 (CanLII). In that case, the utility whose submissions were under review “confirmed that from its perspective this is the test the Board should apply”: para. 146. The NSUARB then applied the prudence test in evaluating whether several of the utility’s operational decisions were prudent, and found that some were not: para. 188.

[99] In 2006, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of the prudent investment test in *Enbridge*. This case is of particular interest for two reasons. First, the Ontario Court of Appeal endorsed in its reasons a specific formulation of the prudent investment test framework:

– Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.

La décision du service public est prudente si elle fait partie des décisions qu’une personne raisonnable aurait pu prendre. [. . .] La norme de la prudence reconnaît que des personnes raisonnables peuvent sincèrement différer d’opinions sans pour autant que l’une ou l’autre soit imprudente.

(*Nova Scotia Power Inc., Re*, 2005 NSUARB 27 (« *Nova Scotia Power 2005* »), par. 84 (CanLII))

La NSUARB conclut alors que, [TRADUCTION] « [a]près examen de la jurisprudence, [. . .] la définition d’imprudence proposée par l’Illinois Commerce Commission constitue un critère raisonnable susceptible d’application en Nouvelle-Écosse » (par. 90). Elle se demande notamment si la stratégie récente d’achat de carburant du service public a été prudente, et elle répond par la négative (par. 94). Elle ne se dit cependant pas tenue d’appliquer le critère de l’investissement prudent.

[98] En 2012, la NSUARB a renouvelé son adhésion au critère de l’investissement prudent (*Nova Scotia Power Inc. (Re)*, 2012 NSUARB 227 (« *Nova Scotia Power 2012* »), par. 143-146 (CanLII)). Dans cette affaire, le service public dont les arguments faisaient l’objet de l’examen [TRADUCTION] « a confirmé que, selon lui, il s’agit du critère que la commission devrait appliquer » (par. 146). La NSUARB a ensuite appliqué le critère de la prudence pour décider si plusieurs décisions opérationnelles du service public avaient été prudentes ou non, et elle a conclu que certaines d’entre elles ne l’avaient pas été (par. 188).

[99] En 2006, dans l’arrêt *Enbridge*, la Cour d’appel de l’Ontario se penche sur la teneur du critère de l’investissement prudent. Cet arrêt revêt un intérêt particulier pour deux raisons. Premièrement, la Cour d’appel y circonscrit précisément l’application du critère :

[TRADUCTION]

– La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.

– To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.

– Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.

– Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time. [para. 10]

[100] Second, the Court of Appeal in *Enbridge* made certain statements that suggest that the prudent investment test was a necessary approach to reviewing committed costs. Specifically, it noted that in deciding whether Enbridge’s requested rate increase was just and reasonable,

the [Board] was required to balance the competing interests of Enbridge and its consumers. That balancing process is achieved by the application of what is known in the utility rate regulation field as the “prudence” test. Enbridge was entitled to recover its costs by way of a rate increase only if those costs were “prudently” incurred. [para. 8]

The Court of Appeal also noted that the Board had applied the “proper test”: para. 18. These statements tend to suggest that the Court of Appeal was of the opinion that prudence review is an inherent and necessary part of ensuring just and reasonable payments.

[101] However, the question of whether the prudence test was a required feature of just-and-reasonable analysis in this context was not squarely before the Court of Appeal in *Enbridge*. Rather, the parties in that case “were in substantial agreement on the general approach the Board should take to reviewing the prudence of a utility’s decision” (para. 10), and the question at issue was whether

– Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.

– Le recul est exclu de l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.

– La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision. [par. 10]

[100] Deuxièmement, elle donne plusieurs fois à entendre que le recours au critère de l’investissement prudent est nécessaire pour se prononcer sur les dépenses convenues. Plus précisément, elle signale que pour décider du caractère juste et raisonnable de l’augmentation des tarifs demandée par Enbridge,

[TRADUCTION] la [Commission] était tenue de soupeser les intérêts opposés d’Enbridge et des consommateurs. Pour ce faire, elle devait appliquer ce qu’on appelle dans le domaine de la réglementation des tarifs des services publics le critère de la « prudence ». Enbridge était en droit de recouvrer ses coûts au moyen d’une augmentation de ses tarifs, mais seulement si la décision derrière ces coûts était « prudente ». [par. 8]

La Cour d’appel ajoute que la Commission a appliqué le [TRADUCTION] « bon critère » (par. 18). Ces affirmations tendent à indiquer que, selon la Cour d’appel, le contrôle de la prudence est fondamental et nécessaire afin que les paiements soient justes et raisonnables.

[101] Or, dans cette affaire, la Cour d’appel n’était pas directement saisie de la question de savoir si, dans ce contexte, l’application du critère de la prudence était nécessaire à l’appréciation du caractère juste et raisonnable des paiements. En fait, les parties s’entendaient [TRADUCTION] « pour l’essentiel sur la démarche qui devait être celle de la Commission pour apprécier la prudence d’une décision d’un

the Board had reasonably applied that agreed-upon approach. In this sense, *Enbridge* is similar to *Nova Scotia Power 2012*; both cases involved the application of prudence analysis in contexts where there was no dispute over whether an alternative methodology could reasonably have been applied.

(3) Conclusion Regarding the Prudent Investment Test

[102] The prudent investment test, or prudence review, is a valid and widely accepted tool that regulators may use when assessing whether payments to a utility would be just and reasonable. While there exist different articulations of prudence review, *Enbridge* presents one express statement of how a regulatory board might structure its review to assess the prudence of utility expenditures at the time they were incurred or committed. A no-hindsight prudence review has most frequently been applied in the context of capital costs, but *Enbridge* and *Nova Scotia Power* (both 2005 and 2012) provide examples of its application to decisions regarding operating costs as well. I see no reason in principle why a regulatory board should be barred from applying the prudence test to operating costs.

[103] However, I do not find support in the statutory scheme or the relevant jurisprudence for the notion that the Board should be *required* as a matter of law, under the *Ontario Energy Board Act, 1998*, to apply the prudence test as outlined in *Enbridge* such that the mere decision not to apply it when considering committed costs would render its decision on payment amounts unreasonable. Nor is the creation of such an obligation by this Court justified. As discussed above, where a statute requires only that the regulator set “just and reasonable” payments, as the *Ontario Energy Board Act, 1998* does in Ontario, the regulator may make use of a variety of analytical tools in assessing the justness and reasonableness of a utility’s proposed payment

service public » (par. 10). La question en litige était celle de savoir si la Commission avait eu recours à cette démarche de manière raisonnable. En ce sens, l’affaire *Enbridge* s’apparente à *Nova Scotia Power 2012* : les deux concernent l’application du critère de la prudence lorsqu’aucune des parties ne soutient qu’une autre démarche aurait pu raisonnablement s’appliquer.

(3) Conclusion sur le critère de l’investissement prudent

[102] Le critère de l’investissement prudent — ou contrôle de la prudence — offre aux organismes de réglementation un moyen valable et largement reconnu d’apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par un service public. Il existe certes des formulations différentes du contrôle de la prudence, mais l’arrêt *Enbridge* précise en détail quelle peut être la démarche d’un organisme de réglementation appelé à décider si, au moment où le service public les a faites ou en a convenu, les dépenses étaient prudentes ou non. Le plus souvent, le contrôle de la prudence excluant le recul s’applique aux coûts en capital, mais l’arrêt *Enbridge* et les décisions *Nova Scotia Power* (2005 et 2012) montrent qu’il s’applique aussi aux dépenses d’exploitation. Je ne vois aucune raison de principe d’interdire à un organisme de réglementation d’appliquer le critère de la prudence aux dépenses d’exploitation.

[103] Toutefois, aucun élément du régime législatif ou de la jurisprudence applicable ne me paraît appuyer l’idée que la Commission devrait être *tenue* en droit, suivant la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, d’appliquer le critère de la prudence énoncé dans l’arrêt *Enbridge*, de sorte que la seule décision de ne pas l’appliquer pour apprécier la prudence de dépenses convenues rendrait déraisonnable sa décision sur les paiements. Notre Cour n’est pas non plus justifiée de créer pareille obligation. Je le répète, lorsqu’un texte législatif — telle la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* en Ontario — exige seulement qu’il fixe des paiements « justes et raisonnables », l’organisme de réglementation peut avoir recours à divers

amounts. This is particularly so where, as here, the regulator has been given express discretion over the methodology to be used in setting payment amounts: O. Reg. 53/05, s. 6(1).

[104] To summarize, it is not necessarily unreasonable, in light of the particular regulatory structure established by the *Ontario Energy Board Act, 1998*, for the Board to evaluate committed costs using a method other than a no-hindsight prudence review. As noted above, applying a presumption of prudence would have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998* and would therefore not have been reasonable. The question of whether it was reasonable to assess a particular cost using hindsight should turn instead on the circumstances of that cost. I emphasize, however, that this decision should not be read to give regulators *carte blanche* to disallow a utility's committed costs at will. Prudence review of committed costs may in many cases be a sound way of ensuring that utilities are treated fairly and remain able to secure required levels of investment capital. As will be explained, particularly with regard to committed capital costs, prudence review will often provide a reasonable means of striking the balance of fairness between consumers and utilities.

[105] This conclusion regarding the Board's ability to select its methodology rests on the particulars of the statutory scheme under which the Board operates. There exist other statutory schemes in which regulators are expressly required to compensate utilities for certain costs prudently incurred: see *British Columbia Electric Railway Co.* Under such a framework, the regulator's methodological discretion may be more constrained.

moyens d'analyse pour apprécier le caractère juste et raisonnable des paiements sollicités par le service public. Cela est particulièrement vrai lorsque, comme en l'espèce, l'organisme de réglementation se voit accorder expressément un pouvoir discrétionnaire quant à la méthode à appliquer pour fixer les paiements (règlement 53/05, par. 6(1)).

[104] En résumé, il n'est pas nécessairement déraisonnable, à la lumière du cadre réglementaire établi par la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*, que la Commission se prononce sur les dépenses convenues en employant une autre méthode que l'application d'un critère de prudence qui exclut le recul. Comme nous l'avons vu, présumer la prudence serait incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario* et, de ce fait, déraisonnable. Qu'il soit raisonnable ou non d'apprécier certaines dépenses avec le recul devrait plutôt dépendre des circonstances de la décision dont s'originent ces dépenses. Je précise toutefois que la présente décision ne doit pas être interprétée de façon à permettre aux organismes de réglementation de refuser à leur guise d'approuver des dépenses convenues. Le contrôle de la prudence de dépenses convenues peut, dans bien des cas, constituer un bon moyen de faire en sorte que les services publics soient traités équitablement et demeurent aptes à obtenir les investissements de capitaux requis. Comme je l'explique plus loin, en ce qui a trait plus particulièrement aux coûts en capital convenus, le contrôle de la prudence offre le plus souvent un moyen raisonnable d'établir un équilibre entre les intérêts du consommateur et ceux du service public.

[105] Cette conclusion sur le pouvoir de la Commission de décider de sa démarche découle du régime législatif qui régit son fonctionnement. D'autres régimes législatifs prévoient expressément que l'organisme de réglementation en cause est tenu d'indemniser le service public de certaines dépenses découlant de décisions prudentes (voir l'arrêt *British Columbia Electric Railway Co.*). Selon ces autres cadres législatifs, le pouvoir discrétionnaire qui permet à l'organisme de réglementation de décider de sa démarche peut être plus restreint.

(4) Application to the Board's Decision

[106] In this case, the Board disallowed a total of \$145 million in compensation costs associated with OPG's nuclear operations, over two years. As discussed above, these costs are best understood as at least partly committed. In view of the nature of these particular costs and the circumstances in which they became committed, I do not find that the Board acted unreasonably in not applying the prudent investment test in determining whether it would be just and reasonable to compensate OPG for these costs.

[107] First, the costs at issue are operating costs, rather than capital costs. Capital costs, particularly those pertaining to areas such as capacity expansion or upgrades to existing facilities, often entail some amount of risk, and may not always be strictly necessary to the short-term ongoing production of the utility. Nevertheless, such costs may often be a wise investment in the utility's future health and viability. As such, prudence review, including a no-hindsight approach (with or without a presumption of prudence, depending on the applicable statutory context), may play a particularly important role in ensuring that utilities are not discouraged from making the optimal level of investment in the development of their facilities.

[108] Operating costs, like those at issue here, are different in kind from capital costs. There is little danger in this case that a disallowance of these costs will have a chilling effect on OPG's willingness to incur operating costs in the future, because costs of the type disallowed here are an inescapable element of operating a utility. It is true that a decision such as the Board's in this case may have the effect of making OPG more hesitant about committing to relatively high compensation costs, but that was precisely the intended effect of the Board's decision.

(4) Application à la décision de la Commission

[106] En l'espèce, la Commission refuse à OPG le recouvrement au total de 145 millions de dollars au titre des dépenses de rémunération dans le secteur nucléaire, sur deux ans. Rappelons qu'il faut considérer que ces dépenses constituent, du moins en partie, des dépenses convenues. Compte tenu de la nature de ces dépenses en particulier et des circonstances dans lesquelles le service public en a convenu, je ne saurais conclure que la Commission a agi déraisonnablement en n'appliquant pas le critère de l'investissement prudent pour décider s'il était juste et raisonnable d'indemniser OPG à leur égard.

[107] Premièrement, il s'agit de dépenses d'exploitation, et non de coûts en capital. Les coûts en capital, en particulier ceux qui se rapportent par exemple à l'accroissement de la capacité ou à l'amélioration des installations actuelles, comportent souvent un risque et peuvent ne pas être nécessaires, à strictement parler, à la production à court terme du service public. Ces coûts peuvent néanmoins constituer un investissement judicieux pour le bon fonctionnement et la viabilité ultérieurs de ce dernier. Dès lors, le contrôle de la prudence, qui exclut le recul (et présume ou non la prudence, selon les dispositions législatives applicables), peut jouer un rôle particulièrement important pour faire en sorte que le service public ne soit pas dissuadé d'investir de manière optimale dans le développement de ses installations.

[108] Les dépenses d'exploitation, comme celles visées en l'espèce, diffèrent des coûts en capital. Il est peu probable que le refus de les approuver dissuade OPG d'en faire à l'avenir, car les dépenses de la nature de celles qui ont été refusées sont inhérentes à l'exploitation d'un service public. Certes, une décision comme celle rendue par la Commission en l'espèce peut faire hésiter OPG à convenir de dépenses relativement élevées au chapitre de la rémunération, mais tel était précisément l'effet voulu par la Commission.

[109] Second, the costs at issue arise in the context of an ongoing, “repeat-player” relationship between OPG and its employees. Prudence review has its origins in the examination of decisions to pursue particular investments, such as a decision to invest in capacity expansion; these are often one-time decisions made in view of a particular set of circumstances known or assumed at the time the decision was made.

[110] By contrast, OPG’s committed compensation costs arise in the context of an ongoing relationship in which OPG will have to negotiate compensation costs with the same parties in the future. Such a context supports the reasonableness of a regulator’s decision to weigh all evidence it finds relevant in striking a just and reasonable balance between the utility and consumers, rather than confining itself to a no-hindsight approach. Prudence review is simply less relevant when the Board’s focus is not solely on compensating for past commitments, but on regulating costs to be incurred in the future as well. As will be discussed further, the Board’s ultimate disallowance was not targeted exclusively at committed costs, but rather was made with respect to the total compensation costs it evaluated in aggregate. Though the Board acknowledged that OPG may not have had the discretion to reduce spending by the entire amount of the disallowance, the disallowance was animated by the Board’s efforts to get OPG’s ongoing compensation costs under control.

[111] Having already given OPG a warning that the Board found its operational costs to be of concern (see Board 2008-2009 Decision, at pp. 28-32), it was not unreasonable for the Board to be more forceful in considering compensation costs to ensure effective regulation of such costs going forward. The Board’s statement that its disallowance was intended “to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance” (Board Decision, at para. 350) shows that it had the ongoing effects of its disallowance squarely in mind in issuing its decision in this case.

[109] Deuxièmement, les dépenses en cause découlent d’une relation continue entre OPG et ses employés. Le contrôle de la prudence tire son origine de l’examen de décisions d’effectuer certains investissements, notamment pour accroître la capacité; il s’agit souvent de décisions isolées prises à la lumière d’un ensemble de données alors connues ou supposées.

[110] À l’opposé de telles issues de telles décisions, les dépenses de rémunération convenues d’OPG découlent d’une relation continue dans le cadre de laquelle OPG devra négocier ultérieurement les barèmes de rémunération avec les mêmes parties. Pareil contexte milite en faveur du caractère raisonnable de la décision de l’organisme de réglementation de soulever toute preuve qu’il juge pertinente aux fins d’établir un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs, au lieu de s’en tenir à une approche excluant le recul. Le contrôle de la prudence se révèle tout simplement moins indiqué lorsque la Commission n’entend pas seulement indemniser le service public des engagements déjà pris, mais aussi réguler les dépenses qui seront faites dans l’avenir. En fin de compte, le refus de la Commission ne vise pas que des dépenses convenues, mais bien la totalité des dépenses de rémunération considérées globalement. Même si la Commission reconnaît qu’OPG n’avait peut-être pas de pouvoir discrétionnaire lui permettant de réduire ses dépenses à raison du montant total refusé, le refus de la Commission vise à inciter OPG à la maîtrise constante de ses dépenses de rémunération.

[111] Après que la Commission eut signifié à OPG que ses dépenses d’exploitation lui paraissaient préoccupantes (voir la décision 2008-2009 de la Commission, p. 28-32), il n’était pas déraisonnable qu’elle se montre plus stricte dans l’examen des dépenses de rémunération du service public afin d’en assurer la régulation réelle à l’avenir. Le fait que la Commission dit refuser l’approbation [TRADUCTION] « afin de signifier clairement à OPG qu’il lui incombe d’accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350) montre qu’elle a bel et bien conscience des répercussions actuelles de son refus.

[112] The reasonableness of the Board's decision to disallow \$145 million in compensation costs is supported by the Board's recognition of the fact that OPG was bound to a certain extent by the collective agreements in making staffing decisions and setting compensation rates, and its consideration of this factor in setting the total disallowance: Board Decision, at para. 350. The Board's methodological flexibility ensures that its decision need not be "all or nothing". Where appropriate, to the extent that the utility was unable to reduce its costs, the total burden of such costs may be moderated or shared as between the utility's shareholders and the consumers. The Board's moderation in this case shows that, in choosing to disallow costs without applying a formal no-hindsight prudence review, it remained mindful of the need to ensure that any disallowance was not unfair to OPG and certainly did not impair the viability of the utility.

[113] Justice Abella, in her dissent, acknowledges that the Board has the power under prudence review to disallow committed costs in at least some circumstances: para. 152. However, she speculates that any such disallowance could "imperil the assurance of reliable electricity service": para. 156. A large or indiscriminate disallowance might create such peril, but it is also possible for the Board to do as it did here, and temper its disallowance to recognize the realities facing the utility.

[114] There is no dispute that collective agreements are "immutable" between employees and the utility. However, if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant the Board oversight of utility compensation costs. The existence both of collective bargaining for utility employees and of the Board's power to fix payment amounts covering compensation costs indicates neither regime can trump the other. The Board cannot interfere with the collective agreement by ordering that a utility break its

[112] Le caractère raisonnable du refus de la Commission d'approuver des dépenses de 145 millions de dollars au titre de la rémunération tient à ce qu'elle reconnaît qu'OPG était liée dans une certaine mesure par les conventions collectives dans sa prise de décisions en matière de personnel et dans la fixation des barèmes de rémunération, et à ce qu'elle en tient compte pour déterminer la somme totale refusée (décision de la Commission, par. 350). La souplesse méthodologique dont bénéficie la Commission lui permet d'éviter les extrêmes. Lorsque le service public ne peut réduire ses dépenses, la prise en charge de celles-ci peut, si le dossier s'y prête, être modérée ou répartie entre les actionnaires du service public et les consommateurs. La modération opérée par la Commission en l'espèce montre que, en refusant d'approuver les dépenses sans recourir formellement à un contrôle de la prudence excluant le recul, elle ne perd pas de vue la nécessité de veiller à ce que tout refus ne soit pas injuste envers OPG ni, assurément, à ce qu'il ne nuise pas à sa viabilité.

[113] Dans ses motifs de dissidence, la juge Abella reconnaît que, lors du contrôle de la prudence, la Commission peut, du moins dans certaines circonstances, refuser des dépenses convenues (par. 152). Elle dit toutefois craindre qu'un tel refus puisse « mettre en péril la garantie d'un service d'électricité fiable » (par. 156). Le refus d'une somme importante ou opposé sans discernement pourrait exposer à un tel risque, mais il se peut aussi que l'organisme de réglementation fasse ce que la Commission fait en l'espèce, c'est-à-dire modérer son refus en tenant compte des réalités auxquelles fait face le service public.

[114] Nul ne conteste que les conventions collectives intervenues entre le service public et ses employés sont « immuables ». Toutefois, si le législateur avait voulu que les dépenses qui en sont issues se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il n'aurait pas jugé opportun d'investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d'un service public. La coexistence du droit à la négociation collective des employés du service public et du pouvoir de la Commission de fixer le montant des paiements pour les dépenses de rémunération indique que ni l'un ni l'autre n'a

obligations thereunder, but nor can the collective agreement supersede the Board's duty to ensure a just and reasonable balance between utility and consumer interests.

[115] Justice Abella says that the Board's review of committed costs using hindsight evidence appears to contradict statements made earlier in its decision. The Board wrote that it would use all relevant evidence in assessing forecast costs but that it would limit itself to a no-hindsight approach in reviewing costs that OPG could not "take action to reduce": Board Decision, at para. 75. In my view, these statements can be read as setting out a reasonable approach for analyzing costs that could reliably be fit into forecast or committed categories. However, not all costs are amenable to such clean categorization by the Board in assessing payment amounts for a test period.

[116] With regard to the compensation costs at issue here, the Board declined to split the total cost disallowance into forecast and committed components in conducting its analysis. As Hoy J. observed, "[g]iven the complexity of OPG's business, and respecting its management's autonomy, [the Board] did not try to quantify precisely the amount by which OPG could reduce its forecast compensation costs within the framework of the existing collective bargaining agreements": Div. Ct. reasons, at para. 53. That is, the Board did not split all compensation costs into either "forecast" or "committed", but analyzed the disallowance of compensation costs as a mix of forecast and committed expenditures over which management retained some, but not total, control.

préséance. La Commission ne peut empiéter sur les conventions collectives en ordonnant au service public de manquer aux obligations qu'elles lui imposent, mais les conventions collectives ne priment pas l'obligation de la Commission d'assurer un équilibre juste et raisonnable entre le service public et les consommateurs.

[115] La juge Abella affirme que l'examen des dépenses convenues auquel se livre la Commission à partir d'éléments de recul paraît contredire ce que l'organisme affirme précédemment dans sa décision. La Commission écrit en effet qu'elle prendra en compte tout élément de preuve pertinent pour apprécier les dépenses prévues, mais qu'elle s'en tiendra à un examen sans recul pour ce qui concerne les dépenses à l'égard desquelles OPG [TRADUCTION] « ne pouvait prendre de mesures de réduction » (décision de la Commission, par. 75). À mon sens, on peut en conclure qu'elle recourt à une démarche raisonnable pour l'analyse de dépenses que l'on peut assimiler avec assurance soit à des dépenses prévues, soit à des dépenses convenues. Cependant, toutes les dépenses ne sont pas susceptibles d'une distinction aussi nette par la Commission lorsqu'il s'agit d'apprécier le montant des paiements pour une période de référence.

[116] En ce qui a trait aux dépenses de rémunération en cause, la Commission refuse de préciser quelle partie de la somme totale refusée correspond à des dépenses prévues et quelle partie correspond à des dépenses convenues pour les besoins de son analyse. Le juge Hoy fait observer que, [TRADUCTION] « [v]u la complexité de l'activité d'OPG et l'autonomie de gestion dont elle jouit, [la Commission] n'a pas tenté de déterminer avec précision le montant dont les dépenses de rémunération prévues d'OPG auraient pu être réduites dans le contexte des conventions collectives en vigueur » (motifs de la C. div., par. 53). En somme, la Commission ne départage pas les dépenses de rémunération totales entre celles qui sont « prévues » et celles qui sont « convenues ». Elle considère plutôt que les dépenses de rémunération refusées se composent à la fois de dépenses prévues et de dépenses convenues sur lesquelles la direction conservait une certaine maîtrise, mais non une maîtrise totale.

[117] It was not unreasonable for the Board to proceed on the basis that predicting staff attrition rates is an inherently uncertain exercise, and that it is not equipped to micromanage business decisions within the purview of OPG management. These considerations mean that any attempt to predict the exact degree to which OPG would be able to reduce compensation costs (in other words, what share of the costs were forecast) would be fraught with uncertainty. Accordingly, it was not unreasonable for the Board to adopt a mixed approach that did not rely on quantifying the exact share of compensation costs that fell into the forecast and committed categories. Such an approach is not inconsistent with the Board's discussion at paras. 73-75, but rather represents an exercise of the Board's methodological discretion in addressing a challenging issue where these costs did not fit easily into the categories discussed in that passage.

[118] Justice Abella emphasizes throughout her reasons that the costs established by the collective agreements were not adjustable. I do not dispute this point. However, to the extent that she relies on the observation that the collective agreements "made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels" of the unionized workforce (para. 149 (emphasis in original)), one might conclude that the Board was in some way trying to interfere with OPG's obligations under its collective agreements. It is important not to lose sight of the fact that the Board decision in no way purports to force OPG to break its contractual commitments to unionized employees.

[119] Finally, her observation that the Canadian Nuclear Safety Commission ("CNSC") "has . . . imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations" (para. 127) is irrelevant to the issues raised in this case. While the regime put in place by the CNSC surely imposes operational and staffing restraints on nuclear utilities (see OPG record, at

[117] Il n'est pas déraisonnable que la Commission considère que la prévision du taux d'attrition du personnel constitue en soi une entreprise incertaine et qu'elle n'est pas en mesure de microgérer les décisions d'affaires qui relèvent des dirigeants d'OPG. Dès lors, toute tentative de prédire la mesure exacte dans laquelle OPG pourrait abaisser ses dépenses de rémunération (autrement dit, quelle partie de ces dépenses est prévue) serait empreinte d'incertitude. Il n'est donc pas déraisonnable que la Commission opte pour une démarche hybride qui ne se fonde pas sur la répartition exacte des dépenses de rémunération entre celles qui sont prévues et celles qui sont convenues. Pareille démarche est compatible avec l'analyse de la Commission figurant aux par. 73-75 de sa décision et correspond à un exercice du pouvoir discrétionnaire de la Commission sur le plan méthodologique lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une question épineuse et que les dépenses en cause ne sont pas aisément assimilables à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette analyse.

[118] Tout au long de ses motifs, la juge Abella rappelle que les dépenses découlant des conventions collectives ne peuvent être rajustées. Je n'en disconviens pas. Cependant, lorsqu'elle opine que les conventions collectives « rend[ent] *illégal* la modification par le service public [. . .] des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation » à l'égard de son personnel syndiqué (par. 149 (en italique dans l'original)), d'aucuns pourraient en conclure que la Commission tente de quelque manière de s'immiscer dans l'exécution des obligations d'OPG suivant les conventions collectives. Il importe de ne pas oublier que la Commission n'entend pas, par sa décision, contraindre OPG à se soustraire à ses engagements contractuels envers ses employés.

[119] Enfin, la remarque de ma collègue selon laquelle la Commission canadienne de sûreté nucléaire (« CCSN ») « [a] impos[é] [. . .] des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires » (par. 127) importe peu quant aux questions soulevées en l'espèce. Bien que le régime établi par la CCSN impose sûrement des conditions

pp. 43-46), there is nothing in the Board's reasons, and no argument presented before this Court, suggesting that the Board's disallowance will result in a violation of the provisions of the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9.

[120] I have noted above that it is essential for a utility to earn its cost of capital in the long run. The Board's disallowance may have adversely impacted OPG's ability to earn its cost of capital in the short run. Nevertheless, the disallowance was intended "to send a clear signal that OPG must take responsibility for improving its performance" (Board Decision, at para. 350). Such a signal may, in the short run, provide the necessary impetus for OPG to bring its compensation costs in line with what, in the Board's opinion, consumers should justly expect to pay for an efficiently provided service. Sending such a signal is consistent with the Board's market proxy role and its objectives under s. 1 of the *Ontario Energy Board Act, 1998*.

VI. Conclusion

[121] I do not find that the Board acted improperly in pursuing this matter on appeal; nor do I find that it acted unreasonably in disallowing the compensation costs at issue. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal, and reinstate the decision of the Board.

The following are the reasons delivered by

[122] ABELLA J. (dissenting) — The Ontario Energy Board was established in 1960 to set rates for the sale and storage of natural gas and to approve pipeline construction projects. Over time, its powers and responsibilities evolved. In 1973, the Board became responsible for reviewing and reporting to the Minister of Energy on electricity rates. During this period, Ontario's electricity market was lightly regulated, dominated by the government-owned

d'exploitation et de dotation aux installations nucléaires (voir dossier OPG, p. 43-46), nul élément des motifs de la Commission et nulle plaidoirie devant notre Cour n'indiquent que le refus de la Commission entraînera le non-respect des dispositions de la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9.

[120] Je rappelle qu'il est essentiel qu'un service public obtienne à long terme l'équivalent du coût du capital. Le refus de la Commission a pu nuire à la possibilité qu'OPG obtienne à court terme l'équivalent de son coût du capital. Toutefois, il vise à [TRADUCTION] « signifier clairement à OPG qu'il lui incombe d'accroître sa performance » (décision de la Commission, par. 350). L'envoi d'un tel message peut, à court terme, donner à OPG l'impulsion nécessaire pour rapprocher ses dépenses de rémunération de ce que, selon la Commission, les consommateurs devraient à bon droit s'attendre à payer pour la prestation efficace du service. L'envoi d'un tel message est conforme au rôle de substitut du marché de la Commission et à ses objectifs selon l'article premier de la *Loi de 1998 sur la Commission de l'énergie de l'Ontario*.

VI. Conclusion

[121] Je conclus que la Commission n'a pas agi de manière inappropriée en se pourvoyant en tant que partie en appel; elle n'a pas non plus agi déraisonnablement en refusant d'approuver les dépenses de rémunération en cause. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rétablir celle de la Commission.

Version française des motifs rendus par

[122] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La Commission de l'énergie de l'Ontario a été mise sur pied en 1960. Son mandat était alors d'établir les tarifs applicables à la vente et au stockage de gaz naturel et d'autoriser les projets de construction de pipelines. Au fil du temps, ses compétences et ses fonctions ont évolué. En 1973, le législateur lui a confié la responsabilité d'examiner les tarifs d'électricité puis de faire rapport au ministre de l'Énergie. Pendant cette

Ontario Hydro, which owned power generation assets responsible for about 90 per cent of electricity production in the province: Ron W. Clark, Scott A. Stoll and Fred D. Cass, *Ontario Energy Law: Electricity* (2012), at p. 134; *2011 Annual Report of the Office of the Auditor General of Ontario*, at pp. 5 and 67.

[123] A series of legislative measures in the late 1990s were adopted to transform the electricity industry into a market-based one driven by competition. Ontario Hydro was unbundled into five entities. One of them was Ontario Power Generation Inc., which was given responsibility for controlling the power generation assets of the former Ontario Hydro. It was set up as a commercial corporation with one shareholder — the Province of Ontario: Clark, Stoll and Cass, at pp. 5-7 and 134.

[124] As of April 1, 2008, the Board was given the authority by statute to set payments for the electricity generated by a prescribed list of assets held by Ontario Power Generation: *Ontario Energy Board Act, 1998*, S.O. 1998, c. 15, Sch. B, s. 78.1(2); O. Reg. 53/05, *Payments Under Section 78.1 of the Act*, s. 3. Under the legislative scheme, Ontario Power Generation is required to apply to the Board for the approval of “just and reasonable” payment amounts: *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1(5). The Board sets its own methodology to determine what “just and reasonable” payment amounts are, guided by the statutory objectives to maintain a “financially viable electricity industry” and to “protect the interests of consumers with respect to prices and the adequacy, reliability and quality of electricity service”: O. Reg. 53/05, s. 6(1); *Ontario Energy Board Act, 1998*, paras. 1 and 2 of s. 1(1).

[125] Ontario Power Generation remains the province’s largest electricity generator. It was unionized by the Ontario Hydro Employees’ Union (the predecessor to the Power Workers’ Union) in

période, en Ontario, le marché de l’électricité était peu réglementé. Il était dominé par la société d’État Ontario Hydro, qui possédait des installations de production d’énergie fournissant plus de 90 p. 100 de l’électricité dans la province (Ron W. Clark, Scott A. Stoll et Fred D. Cass, *Ontario Energy Law : Electricity* (2012), p. 134; *Rapport annuel 2011*, Bureau du vérificateur général de l’Ontario, p. 1 et 72).

[123] À la fin des années 1990, une série de mesures législatives a été adoptée en vue d’axer le secteur de l’électricité sur le marché et de le soumettre à la concurrence. Ontario Hydro a été scindée en cinq entités. L’une d’elles, Ontario Power Generation Inc., s’est vu confier l’actif de production d’électricité de l’ancienne société Ontario Hydro. Elle a été constituée en société commerciale dont le seul actionnaire est la province d’Ontario (Clark, Stoll et Cass, p. 5-7 et 134).

[124] Depuis le 1^{er} avril 2008, la Commission est légalement investie du pouvoir de fixer les paiements pour l’électricité produite par les installations prescrites que possède Ontario Power Generation (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, L.O. 1998, c. 15, ann. B, par. 78.1(2); règlement 53/05 de l’Ontario (*Payments Under Section 78.1 of the Act*) (« règlement 53/05 », art. 3). Suivant le régime législatif, Ontario Power Generation est tenue de faire une demande à la Commission pour obtenir l’approbation de paiements « justes et raisonnables » (*Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, par. 78.1(5)). La Commission établit sa propre méthode pour déterminer ce qui constitue des paiements « justes et raisonnables » au regard des objectifs législatifs qui consistent à maintenir une « industrie de l’électricité financièrement viable » et à « protéger les intérêts des consommateurs en ce qui concerne les prix, ainsi que la suffisance, la fiabilité et la qualité du service d’électricité » (règlement 53/05, par. 6(1); *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, dispositions 1 et 2 du par. 1(1)).

[125] Ontario Power Generation demeure le plus grand producteur d’électricité de la province. L’Ontario Hydro Employees’ Union (auquel a succédé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur

the 1950s, and by the Society of Energy Professionals in 1992: Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (online), at s. 6.2. Today, Ontario Power Generation employs approximately 10,000 people in its regulated businesses, 90 per cent of whom are unionized. Two thirds of these unionized employees are represented by the Power Workers' Union, and the rest by the Society of Energy Professionals.

[126] Both the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals had collective agreements with Ontario Hydro before Ontario Power Generation was established. As a successor company to Ontario Hydro, Ontario Power Generation inherited the full range of these labour relations obligations: Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 69. Ontario Power Generation's collective agreements with its unions prevent the utility from unilaterally reducing staffing or compensation levels.

[127] The Canadian Nuclear Safety Commission, an independent federal government agency responsible for ensuring compliance with the *Nuclear Safety and Control Act*, S.C. 1997, c. 9, has also imposed staffing levels on Ontario Power Generation to ensure safe and reliable operation of its nuclear stations.

[128] On May 26, 2010, Ontario Power Generation applied to the Board for a total revenue requirement of \$6,909.6 million, including \$2,783.9 million in compensation costs — wages, benefits, pension servicing, and annual incentives — to cover the period from January 1, 2011 to December 31, 2012: EB-2010-0008, at pp. 8, 49 and 80.

[129] In its decision, the Board explained that it would use “two types of examination” to assess the utility's expenditures. When evaluating forecast costs — costs that the utility has estimated for

énergétique) a été accrédité comme agent négociateur auprès de l'entreprise dans les années 1950, alors que Society of Energy Professionals l'a été à son tour en 1992 (Richard P. Chaykowski, *An Assessment of the Industrial Relations Context and Outcomes at OPG* (2013) (en ligne), art. 6.2). Le personnel d'Ontario Power Generation affecté à ses activités réglementées se compose aujourd'hui d'environ 10 000 personnes, dont 90 p. 100 sont syndiquées. Deux tiers de ces employés syndiqués sont représentés par le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, un tiers par Society of Energy Professionals.

[126] Le syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals avaient tous deux conclu des conventions collectives avec Ontario Hydro avant la création d'Ontario Power Generation. Lorsqu'elle a succédé à Ontario Hydro, Ontario Power Generation a hérité de la totalité des obligations issues de ces conventions (*Loi de 1995 sur les relations de travail de l'Ontario*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 69), qui la lient et l'empêchent de réduire unilatéralement les niveaux de dotation ou les barèmes de rémunération.

[127] La Commission canadienne de sûreté nucléaire, un organisme fédéral indépendant chargé de faire respecter la *Loi sur la sûreté et la réglementation nucléaires*, L.C. 1997, c. 9, impose également des niveaux de dotation à Ontario Power Generation afin de garantir l'exploitation sûre et fiable de ses installations nucléaires.

[128] Le 26 mai 2010, Ontario Power Generation a demandé à la Commission d'approuver des recettes nécessaires se chiffrant à 6 909,6 millions de dollars pour la période allant du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012, dont 2 783,9 millions devaient être affectés à la rémunération du personnel — salaires, avantages sociaux, prestations de retraite et incitatifs annuels (EB-2010-0008, p. 8, 49 et 80).

[129] Dans sa décision, la Commission dit soumettre à [TRANSCRIPTION] « deux types d'examen » les dépenses du service public. En ce qui concerne les dépenses prévues — par le service public, pour une

a future period and which can still be reduced or avoided — the Board said that Ontario Power Generation bears the burden of showing that these costs are reasonable. On the other hand, when the Board would be evaluating costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce”, otherwise known as committed costs, it said that it would undertake “an after-the-fact prudence review . . . conducted in the manner which includes a presumption of prudence”, that is, a presumption that the utility’s expenditures are reasonable: p. 19.

[130] The Board made no distinction between those compensation costs that were reducible and those that were not. Instead, it subjected all compensation costs to the kind of assessment it uses for reducible, forecast costs and disallowed \$145 million because it concluded that the utility’s compensation rates and staffing levels were too high.

[131] On appeal, a majority of the Divisional Court upheld the Board’s order. In dissenting reasons, Aitken J. concluded that the Board’s decision was unreasonable because it did not apply the proper approach to the compensation costs which were, as a result of legally binding collective agreements, fixed and not adjustable. Instead, the Board “lumped” all compensation costs together and made no distinction between those that were the result of binding contractual obligations and those that were not. As she said:

First, I consider any limitation on [Ontario Power Generation’s] ability to manage nuclear compensation costs on a go-forward basis, due to binding collective agreements in effect prior to the application and the test period, to be costs previously incurred and subject to an after-the-fact, two-step, prudence review. Second, I conclude that, in considering [Ontario Power Generation’s] nuclear compensation costs, as set out in its application, the [Board] in its analysis (though not necessarily in its final number) was required to differentiate between such earlier incurred liabilities and other aspects of the nuclear compensation cost package that were truly projected and

période ultérieure et qu’il est toujours possible de réduire ou d’éviter —, la Commission soutient qu’il incombe à Ontario Power Generation de démontrer leur caractère raisonnable. En revanche, pour ce qui est des dépenses à l’égard desquelles « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction », à savoir les dépenses convenues, la Commission dit qu’elle effectuera « un contrôle de la prudence après coup, [. . .] comportant l’application d’une présomption de prudence », c’est-à-dire une présomption selon laquelle les dépenses du service public sont raisonnables (p. 19).

[130] La Commission ne fait aucune distinction entre les dépenses de rémunération qui sont réductibles et celles qui ne le sont pas. Elle soumet plutôt toutes les dépenses de rémunération à l’appréciation qu’elle réserve aux dépenses prévues réductibles et elle refuse d’approuver les paiements demandés à raison de 145 millions de dollars au motif que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation sont trop élevés.

[131] En appel, les juges majoritaires de la Cour divisionnaire confirment l’ordonnance de la Commission. Dans ses motifs dissidents, la juge Aitken conclut que la décision de la Commission est déraisonnable, car elle n’applique pas la bonne approche aux dépenses de rémunération, lesquelles constituent, par l’effet de conventions collectives contraignantes en droit, des dépenses fixes et non ajustables. Selon elle, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » plutôt toutes les dépenses de rémunération et ne fait aucune distinction entre celles qui découlent d’obligations contractuelles obligatoires et celles qui n’en découlent pas. Comme elle l’affirme :

[TRADUCTION] Premièrement, j’estime que les dépenses de rémunération du secteur nucléaire [d’Ontario Power Generation], pour une période ultérieure, assujetties à une contrainte en raison de conventions collectives qui s’appliquaient avant la demande et la période de référence, constituent des dépenses déjà faites qui doivent faire l’objet d’un contrôle de la prudence après coup, en deux étapes. Deuxièmement, dans l’analyse (mais pas nécessairement dans l’appréciation finale) des dépenses de rémunération du secteur nucléaire dont fait état la demande, la [Commission] était tenue de faire une distinction entre les dépenses déjà effectuées et d’autres

not predetermined. Third, in my view, the [Board] was required to undergo a prudence review in regard to those aspects of the nuclear compensation package that arose under binding contracts entered prior to the application and the test period. In regard to the balance of factors making up the nuclear compensation package, the [Board] was free to determine, based on all available evidence, whether such factors were reasonable. Fourth, had a prudence review been undertaken, there was evidence upon which the [Board] could reasonably have decided that the presumption of prudence had been rebutted in regard to those cost factors mandated in the collective agreements. Unfortunately, I cannot find anywhere in the Decision of the [Board] where such an analysis was undertaken. The [Board] lumped all nuclear compensation costs together. It dealt with them as if they all emanated from the same type of factors and none reflected contractual obligations to which the [Ontario Power Generation] was bound due to a collective agreement entered prior to the application and the test period. Finally, I conclude that, when the [Board] was considering the reasonableness of the nuclear compensation package, it erred in considering evidence that came into existence after the date on which the collective agreements were entered when it assessed the reasonableness of the rates of pay and other binding provisions in the collective agreements. [para. 75]

[132] The Court of Appeal unanimously agreed with Aitken J.'s conclusion, finding that "the compensation costs at issue before the [Board] were committed costs" which should therefore have been assessed using a presumption of prudence. As they both acknowledged, it was open to the Board to find that the presumption had been rebutted in connection with the binding contractual obligations, but the Board acted unreasonably in failing to take the immutable nature of the fixed costs into consideration.

[133] I agree. The compensation costs for approximately 90 per cent of Ontario Power Generation's regulated workforce were established through legally binding collective agreements which obligated the utility to pay fixed levels of compensation, regulated staffing levels, and provided unionized employees with employment security. Ontario Power Generation's compensation costs

récemment prévus, mais non préétablies. Troisièmement, à mon avis, la [Commission] devait soumettre à un contrôle de la prudence la partie des dépenses de rémunération du secteur nucléaire qui découlait de contrats obligatoires conclus avant la demande et la période de référence. Pour ce qui est des autres facteurs présidant à la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] pouvait, en se fondant sur toute la preuve disponible, décider s'ils étaient raisonnables ou non. Quatrièmement, si un contrôle de la prudence avait été effectué, des éléments de preuve auraient pu raisonnablement permettre à la [Commission] de conclure à la réfutation de la présomption de prudence en ce qui a trait aux éléments issus des conventions collectives qui influaient sur les dépenses. Malheureusement, je constate que nulle part dans sa décision la [Commission] ne se livre à une telle analyse. Elle regroupe sans distinctions toutes les dépenses de rémunération du secteur nucléaire. Elle considère qu'elles ont toutes la même origine et qu'aucune ne découle d'obligations contractuelles auxquelles [Ontario Power Generation] était tenu par une convention collective conclue avant la demande et la période de référence. Enfin, j'estime que, lorsqu'elle se penche sur le caractère raisonnable de la rémunération globale du secteur nucléaire, la [Commission] commet l'erreur de tenir compte d'éléments de preuve ayant vu le jour après la conclusion des conventions collectives pour apprécier le caractère raisonnable des barèmes de rémunération et d'autres dispositions contraignantes des conventions collectives. [par. 75]

[132] La Cour d'appel souscrit à l'unanimité à la conclusion de la juge Aitken et statue que [TRA-DUCTION] « les dépenses de rémunération en cause devant la [Commission] étaient des dépenses convenues » qu'il aurait donc fallu apprécier en présument leur prudence. Elles reconnaissent toutes deux qu'il était loisible à la Commission de conclure que la présomption était réfutée en ce qui concerne les obligations contractuelles obligatoires, mais qu'elle a agi déraisonnablement en ne tenant pas compte de la nature immuable des coûts fixes.

[133] Je suis d'accord. Les dépenses de rémunération visant environ 90 p. 100 de l'effectif obligatoire d'Ontario Power Generation étaient établies par des conventions collectives contraignantes en droit qui imposaient des barèmes de rémunération fixes, qui déterminaient les niveaux de dotation et qui garantissaient la sécurité d'emploi des employés syndiqués. Les dépenses de rémunération

were therefore overwhelmingly predetermined and could not be adjusted by the utility during the relevant period. These are precisely the type of costs that the Board referred to in its decision as costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” and which must be subjected to “a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence”: para. 75.

[134] In my respectful view, failing to acknowledge the legally binding, non-reducible nature of the cost commitments reflected in the collective agreements and apply the review the Board itself said should apply to such costs, rendered its decision unreasonable.

Analysis

[135] Pursuant to s. 78.1(5) of the *Ontario Energy Board Act, 1998*, upon application from Ontario Power Generation, the Board is required to determine “just and reasonable” payment amounts to the utility. In the utility regulation context, the phrase “just and reasonable” reflects the aim of “navigating the straits” between overcharging a utility’s customers and underpaying the utility for the public service it provides: *Verizon Communications Inc. v. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), at p. 481; see also *Northwestern Utilities Ltd. v. City of Edmonton*, [1929] S.C.R. 186, at pp. 192-93.

[136] The methodology adopted by the Board to determine “just and reasonable” payments to Ontario Power Generation draws in part on the regulatory concept of “prudence”. Prudence is “a legal basis for adjudging the meeting of utilities’ public interest obligations, specifically in regard to rate proceedings”: Robert E. Burns et al., *The Prudent Investment Test in the 1980s*, report NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, April 1985, at p. 20. The concept emerged in the early 20th century as a judicial response to the “mind-numbing complexity” of other approaches being

d’Ontario Power Generation étaient donc en très grande partie préétablies et ne pouvaient être rajustées par l’entreprise au cours de la période considérée. Il s’agit précisément du type de dépenses que la Commission qualifie, dans sa décision, de dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » et qui doivent faire l’objet d’un « contrôle de la prudence comportant l’application d’une présomption de prudence » (par. 75).

[134] Soit dit tout en respect, la Commission rend une décision déraisonnable en ne reconnaissant pas le caractère contraignant en droit et non réductible des dépenses auxquelles le service public s’était engagé lors de la signature des conventions collectives et en omettant de soumettre ces dépenses au contrôle qui s’imposait pourtant selon elle à leur égard.

Analyse

[135] Conformément au par. 78.1(5) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario*, sur demande d’Ontario Power Generation, la Commission fixe le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit le service public. Dans le contexte de la réglementation des services publics, l’expression « justes et raisonnables » traduit l’objectif qui consiste à [TRADUCTION] « naviguer entre les récifs » que sont, d’une part, les tarifs excessifs imposés au consommateur et, d’autre part, la rétribution insuffisante du service public (*Verizon Communications Inc. c. Federal Communications Commission*, 535 U.S. 467 (2002), p. 481; voir aussi *Northwestern Utilities Ltd. c. City of Edmonton*, [1929] R.C.S. 186, p. 192-193).

[136] La méthode retenue par la Commission pour déterminer le montant des paiements « justes et raisonnables » auxquels a droit Ontario Power Generation prend en partie appui sur la notion de « prudence ». En droit réglementaire, la prudence offre un [TRADUCTION] « fondement juridique pour se prononcer sur le respect des obligations des services publics liées à l’intérêt public, plus particulièrement en ce qui concerne le processus de tarification » (Robert E. Burns et autres, *The Prudent Investment Test in the 1980s*, rapport NRRI-84-16, The National Regulatory Research Institute, avril 1985, p. 20). Apparec

used by regulators to determine “just and reasonable” amounts, and introduced a legal presumption that a regulated utility has acted reasonably: *Verizon Communications*, at p. 482. As Justice Brandeis famously explained in 1923:

The term prudent investment is not used in a critical sense. There should not be excluded from the finding of the base, investments which, under ordinary circumstances, would be deemed reasonable. The term is applied for the purpose of excluding what might be found to be dishonest or obviously wasteful or imprudent expenditures. Every investment may be assumed to have been made in the exercise of reasonable judgment, unless the contrary is shown. [Emphasis added.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. v. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), at p. 289, fn. 1, per Brandeis J., dissenting)

[137] The presumption of prudence is the starting point for the type of examination the Board calls a “prudence review”. In undertaking a prudence review, the Board applies a “well-established set of principles”:

- Decisions made by the utility’s management should generally be presumed to be prudent unless challenged on reasonable grounds.
- To be prudent, a decision must have been reasonable under the circumstances that were known or ought to have been known to the utility at the time the decision was made.
- Hindsight should not be used in determining prudence, although consideration of the outcome of the decision may legitimately be used to overcome the presumption of prudence.
- Prudence must be determined in a retrospective factual inquiry, in that the evidence must be concerned with the time the decision was made and must be

au début du 20^e siècle, cette notion jurisprudentielle visait à remédier à la [TRADUCTION] « complexité paralysante » des approches différentes utilisées par les organismes de réglementation pour arrêter des montants « justes et raisonnables », et elle présumait que le service public réglementé avait agi raisonnablement (*Verizon Communications*, p. 482). Ainsi, comme l’explique le juge Brandeis dans un extrait bien connu datant de 1923 :

[TRADUCTION] L’emploi de l’expression « investissement prudent » n’est pas décisif. L’établissement de la base de tarification ne devrait pas exclure les investissements qui, dans des circonstances ordinaires, seraient considérés raisonnables. Cet emploi vise plutôt à exclure les dépenses qui pourraient être jugées malhonnêtes ou manifestement excessives ou imprudentes. On peut supposer que tout investissement considéré a été fait dans l’exercice d’un jugement raisonnable, sauf preuve du contraire. [Je souligne.]

(*State of Missouri ex rel. Southwestern Bell Telephone Co. c. Public Service Commission of Missouri*, 262 U.S. 276 (1923), p. 289, note 1, le juge Brandeis (dissident))

[137] La présomption de prudence constitue le point de départ de l’examen que la Commission appelle [TRADUCTION] « contrôle de la prudence ». Lorsqu’elle entreprend ce contrôle de la prudence, la Commission applique un « ensemble bien établi de principes » :

[TRADUCTION]

- La décision de la direction du service public est généralement présumée prudente, sauf contestation pour motifs valables.
- Pour qu’elle soit prudente, la décision doit être raisonnable eu égard aux circonstances que connaissait ou qu’aurait dû connaître le service public au moment où il l’a prise.
- Le recul est exclu dans l’appréciation de la prudence, même lorsque les conséquences de la décision peuvent légitimement servir à réfuter la présomption de prudence.
- La prudence est appréciée dans le cadre d’une analyse factuelle rétrospective en ce que la preuve doit porter sur le moment où la décision a été prise et

based on facts about the elements that could or did enter into the decision at the time.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), at para. 55, citing *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), at para. 3.12.2.)

[138] This form of prudence review, including a presumption of prudence and a ban on hindsight, was endorsed by the Board and by the Ontario Court of Appeal as an appropriate method to determine “just and reasonable” rates in *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, at paras. 3.12.1 to 3.12.5, aff’d *Enbridge Gas Distribution Inc. v. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, at paras. 8 and 10-12.

[139] In the case before us, however, the Board decided not to submit all costs to a prudence review. Instead, it stated that it would use two kinds of review. The first would apply to “forecast costs”, that is, those over which a utility retains discretion and can still be reduced or avoided. It explained in its reasons that it would review such costs using a wide range of evidence, and that the onus was on the utility to demonstrate that its forecast costs were reasonable:

When considering forecast costs, the onus is on the company to make its case and to support its claim that the forecast expenditures are reasonable. The company provides a wide spectrum of such evidence, including business cases, trend analysis, benchmarking data, etc. The test is not dishonesty, negligence, or wasteful loss; the test is reasonableness. And in assessing reasonableness, the Board is not constrained to consider only factors pertaining to [Ontario Power Generation]. The Board has the discretion to find forecast costs unreasonable based on the evidence — and that evidence may be related to the cost/benefit analysis, the impact on ratepayers, comparisons with other entities, or other considerations.

reposer sur des faits quant aux éléments qui ont pu entrer en ligne de compte ou qui sont effectivement entrés en ligne de compte dans la décision.

(*Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, 2012 LNONOEB 373 (QL), par. 55, citant *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, 2002 LNONOEB 4 (QL), par. 3.12.2.)

[138] Dans *Enbridge Gas Distribution Inc. (Re)*, par. 3.12.1 à 3.12.5, conf. par *Enbridge Gas Distribution Inc. c. Ontario Energy Board* (2006), 210 O.A.C. 4, par. 8 et 10-12, la Commission et la Cour d’appel de l’Ontario considèrent ce contrôle — qui comporte l’application d’une présomption de prudence et exclut le recul — comme la méthode appropriée pour fixer des tarifs « justes et raisonnables ».

[139] Toutefois, dans la présente affaire, la Commission choisit de ne pas soumettre toutes les dépenses à un contrôle de la prudence. Elle dit plutôt recourir à deux examens. Le premier s’appliquerait aux « dépenses prévues », soit celles à l’égard desquelles le service public conserve un pouvoir discrétionnaire et qu’il peut toujours réduire ou éviter. Dans ses motifs, la Commission explique qu’elle examine ces dépenses au regard d’une vaste gamme d’éléments de preuve et qu’il incombe au service public de démontrer le caractère raisonnable de ses dépenses :

[TRADUCTION] Lors de l’examen des dépenses prévues, il incombe à la société d’établir le bien-fondé de sa demande et d’étayer son allégation selon laquelle ces dépenses sont raisonnables. Elle doit fournir un large éventail d’éléments de preuve en ce sens, notamment des analyses de rentabilité et de tendances, des données de référence, etc. Le critère applicable n’est pas celui de la malhonnêteté, de la négligence ou de la perte menant au gaspillage, mais bien celui du caractère raisonnable. Et dans l’appréciation du caractère raisonnable, la Commission n’est pas tenue d’examiner uniquement les données qui intéressent [Ontario Power Generation]. Elle a le pouvoir discrétionnaire de conclure que les dépenses prévues sont déraisonnables au vu de la preuve, laquelle peut se rapporter à l’analyse coût/bénéfice, à l’incidence sur les consommateurs, aux comparaisons avec d’autres entités ou à autre chose.

The benefit of a forward test period is that the company has the benefit of the Board's decision in advance regarding the recovery of forecast costs. To the extent costs are disallowed, for example, a forward test period provides the company with the opportunity to adjust its plans accordingly. In other words, there is not necessarily any cost borne by shareholders (unless the company decides to continue to spend at the higher level in any event). [paras. 74-75]

[140] A different approach, the Board said, would be applied to those costs the company could not "take action to reduce". These costs, sometimes called "committed costs", represent binding commitments that leave a utility with no discretion about whether to make the payment. The Board explained that it evaluates these costs using a "prudence review", which includes a presumption that the costs were prudently incurred:

Somewhat different considerations will come into play when undertaking an after-the-fact prudence review. In the case of an after-the-fact prudence review, if the Board disallows a cost, it is necessarily borne by the shareholder. There is no opportunity for the company to take action to reduce the cost at that point. For this reason, the Board concludes there is a difference between the two types of examination, with the after-the-fact review being a prudence review conducted in the manner which includes a presumption of prudence. [para. 75]

[141] In *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, for example, the Board concluded that it had to conduct a prudence review when evaluating the costs that Enersource had already incurred:

This issue concerns expenditures which have largely already been incurred by the company. . . . Given that the issue concerns past expenditures which are now in dispute, the Board must conduct a prudence review. [para. 55]

[142] As the Board said in its reasons, the prudence review makes sense for committed costs because disallowing costs Ontario Power Generation cannot avoid, forces the utility to pay out of pocket

L'avantage d'une période de référence ultérieure est qu'elle permet à la société de connaître à l'avance la décision de la Commission concernant le recouvrement de dépenses prévues. Par exemple, lorsque des dépenses sont refusées, la société peut modifier ses plans en conséquence. Autrement dit, l'actionnaire n'a pas nécessairement à assumer un coût (à moins que la société ne décide, en tout état de cause, de maintenir les dépenses jugées excessives). [par. 74-75]

[140] Selon la Commission, une démarche différente serait suivie pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait [TRADUCTION] « prendre de mesures de réduction ». Ces dépenses, parfois appelées « dépenses convenues », résultent d'obligations contractuelles qui excluent tout pouvoir discrétionnaire permettant au service public de ne pas les acquitter. La Commission explique qu'elle jauge ces dépenses en se livrant à un « contrôle de la prudence » qui comporte l'application d'une présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente :

[TRADUCTION] Des considérations quelque peu différentes entreront en jeu lors d'un contrôle de la prudence après coup. La dépense que la Commission refusera alors d'approuver sera nécessairement assumée par l'actionnaire. La société ne pourra plus prendre de mesures de réduction à son égard. C'est pourquoi la Commission estime qu'il existe une différence entre les deux types d'examen, le contrôle après coup constituant un contrôle de la prudence assorti d'une présomption de prudence. [par. 75]

[141] À titre d'exemple, dans *Enersource Hydro Mississauga Inc. (Re)*, la Commission conclut qu'elle doit effectuer un contrôle de la prudence pour apprécier les dépenses qu'Enersource a déjà faites :

[TRADUCTION] Le présent dossier porte sur des dépenses que la société a déjà faites en grande partie. [. . .] Comme il est question de dépenses antérieures qui sont aujourd'hui contestées, la Commission doit effectuer un contrôle de la prudence. [par. 55]

[142] Comme le dit la Commission dans ses motifs, il est logique de soumettre à un contrôle de la prudence des dépenses convenues, car refuser d'approuver des dépenses auxquelles Ontario

for expenses it has already incurred. This could negatively affect Ontario Power Generation's ability to operate, leading the utility to restructure its relationships with the financial community and its service providers, or even lead to bankruptcy: see Burns et al., at pp. 129-65. These outcomes would "increase capital costs and utility rates above the levels that would exist with a limited prudence penalty", forcing Ontario consumers to pay higher electricity bills: Burns et al., at p. vi.

[143] The issue in this appeal therefore centres on the Board assessing *all* compensation costs in Ontario Power Generation's collective agreements as adjustable forecast costs, without determining whether any of them were costs for which "[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce" (para. 75). The Board did not actually call them forecast costs, but by saying that "collective agreements may make it difficult to eliminate positions quickly" and that "changes to union contracts . . . will take time" (paras. 346 and 352), the Board was clearly treating them as reducible in theory. Moreover, the fact that it failed to apply the prudence review it said it would apply to non-reducible costs confirms that it saw the collectively bargained commitments as adjustable.

[144] The Board did not explain why it considered compensation costs in collective agreements to be adjustable forecast costs, but the effect of its approach was to deprive Ontario Power Generation of the benefit of the Board's assessment methodology that treats committed costs differently. In my respectful view, the Board's failure to separately assess the compensation costs committed as a result of the collective agreements from other compensation costs, ignored not only its own methodological template, but labour law as well.

Power Generation ne peut se soustraire oblige le service public à acquitter sur ses propres deniers des dépenses déjà faites. Cela pourrait nuire au bon fonctionnement d'Ontario Power Generation et l'amener à restructurer ses liens avec les milieux financiers et ses fournisseurs de services, voire à faire faillite (voir Burns et autres, p. 129-165). Dès lors, [TRADUCTION] « les coûts en capital et les tarifs seraient supérieurs à ce qu'ils auraient été si une sanction modérée avait résulté de l'application du principe de prudence », de sorte que le consommateur ontarien serait contraint de payer des tarifs d'électricité plus élevés (Burns et autres, p. vi).

[143] Le présent pourvoi a donc pour objet la décision de la Commission de considérer *toutes* les dépenses de rémunération issues des conventions collectives d'Ontario Power Generation comme des dépenses prévues ajustables, sans se demander s'il s'agit en partie de dépenses pour lesquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » (par. 75). La Commission ne les qualifie pas à proprement parler de dépenses prévues, mais lorsqu'elle affirme que « les conventions collectives peuvent rendre ardue l'élimination rapide de certains postes » et que « modifier des conventions collectives [. . .] prend du temps » (par. 346 et 352), elle considère clairement qu'il s'agit de dépenses théoriquement compressibles. De plus, l'omission de soumettre celles-ci au contrôle de la prudence qu'elle dit pourtant s'appliquer aux dépenses non réductibles confirme l'assimilation des obligations issues de négociations collectives à des obligations ajustables.

[144] La Commission ne dit pas pourquoi elle estime que les dépenses de rémunération issues des conventions collectives constituent des dépenses prévues ajustables, mais par l'adoption de son approche, elle empêche Ontario Power Generation de bénéficier de l'application de sa méthode d'appréciation qui considère différemment les dépenses convenues. À mon humble avis, en omettant d'apprécier les dépenses de rémunération issues des conventions collectives séparément des autres dépenses de rémunération, la Commission méconnaît à la fois son propre cadre méthodologique et le droit du travail.

[145] Ontario Power Generation was a party to binding collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals covering most of the relevant period. At the time of the application, it had already entered into a collective agreement with the Power Workers' Union for the period of April 1, 2009 to March 31, 2012.

[146] Its collective agreement with the Society of Energy Professionals, which required resolution by binding mediation-arbitration in the event of contract negotiations disputes, expired on December 31, 2010. As a result of a bargaining impasse, the terms of a new collective agreement for January 1, 2011 to December 31, 2012 were imposed by legally binding arbitration: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL).

[147] The collective agreements with the Power Workers' Union and the Society of Energy Professionals prescribed the compensation rates for staff positions held by represented employees, strictly regulated staff levels at Ontario Power Generation's facilities, and limited the utility's ability to unilaterally reduce its compensation rates and staffing levels. The collective agreement with the Power Workers' Union, for example, stipulated that there would be no involuntary layoffs during the term of the agreement. Instead, Ontario Power Generation would be required either to relocate surplus staff or offer severance in accordance with rates set out in predetermined agreements between the utility and the union: "Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union", April 1, 2009 to March 31, 2012, at art. 11.

[148] Similarly, Ontario Power Generation's collective agreement with the Society of Energy Professionals severely limited the utility's bargaining power and control over compensation levels. When the contract between Ontario Power Generation and

[145] Ontario Power Generation était partie à des conventions collectives obligatoires qui étaient intervenues avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique et Society of Energy Professionals et qui s'appliquaient pendant la plus grande partie de la période considérée. À l'époque de la demande, elle avait déjà conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique pour la période comprise entre le 1^{er} avril 2009 et le 31 mars 2012.

[146] La convention collective intervenue avec Society of Energy Professionals et imposant la médiation-arbitrage pour le règlement des différends pendant des négociations collectives a expiré le 31 décembre 2010. Par suite d'une impasse dans les négociations, les conditions d'une nouvelle convention collective pour la période du 1^{er} janvier 2011 au 31 décembre 2012 ont été imposées par voie d'arbitrage obligatoire (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, [2011] O.L.A.A. No. 117 (QL)).

[147] Les conventions collectives conclues avec les deux syndicats prescrivaient les barèmes de rémunération des employés syndiqués, réglementaient rigoureusement les niveaux de dotation aux installations d'Ontario Power Generation et limitaient le pouvoir du service public de réduire unilatéralement ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation. Par exemple, la convention collective conclue avec le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique prévoyait qu'il n'y aurait aucun licenciement pendant la durée de son application. Bien au contraire, Ontario Power Generation serait contrainte soit de réaffecter tout employé excédentaire, soit de lui offrir une indemnité de départ selon les barèmes établis au préalable par le service public et le syndicat (« Collective Agreement between Ontario Power Generation Inc. and Power Workers' Union », 1^{er} avril 2009 au 31 mars 2012, art. 11).

[148] De même, la convention collective conclue avec Society of Energy Professionals limitait grandement le pouvoir du service public de négocier et de déterminer les barèmes de rémunération. À l'expiration de cette convention le 31 décembre 2010,

the Society of Energy Professionals expired on December 31, 2010, the utility's bargaining position had been that its sole shareholder, the Province of Ontario, had directed that there be a zero net compensation increase over the next two-year term. The parties could not reach an agreement and the dispute was therefore referred to binding arbitration as required by previous negotiations. The resulting award by Kevin M. Burkett provided mandatory across-the-board wage increases of 3 per cent on January 1, 2011, 2 per cent on January 1, 2012, and a further 1 per cent on April 1, 2012: *Ontario Power Generation v. Society of Energy Professionals*, at paras. 1, 9, and 28.

[149] The obligations contained in these collective agreements were immutable and legally binding commitments: *Labour Relations Act, 1995*, s. 56. As a result, Ontario Power Generation was prohibited from unilaterally reducing the staffing levels, wages, or benefits of its unionized workforce. These agreements therefore did not just leave the utility "with limited flexibility regarding overall compensation rates or staffing levels", as the majority notes (at para. 84), they made it *illegal* for the utility to alter the compensation and staffing levels of 90 per cent of its regulated workforce in a manner that was inconsistent with its commitments under the agreements.

[150] Instead, the Board, applying the methodology it said it would use for the utility's forecast costs, put the onus on Ontario Power Generation to prove the reasonableness of its costs and concluded that it had failed to provide "compelling evidence" or "documentation or analysis" to justify compensation levels: para. 347. Had the Board used the approach it said it would use for costs the company had "no opportunity . . . to reduce", it would have used an after-the-fact prudence review, with a rebuttable presumption that the utility's expenditures were reasonable.

le service public défendait la position de son unique actionnaire, la province d'Ontario, à savoir l'exclusion de toute augmentation nette des salaires pendant les deux années suivantes. Les parties n'ont pu parvenir à un accord, de sorte que le dossier a été renvoyé à l'arbitrage obligatoire comme convenu lors de négociations précédentes. Dans sa décision, l'arbitre Kevin M. Burkett a ordonné une augmentation générale des salaires de 3 p. 100 le 1^{er} janvier 2011, de 2 p. 100 le 1^{er} janvier 2012 et, en sus, de 1 p. 100 le 1^{er} avril 2012 (*Ontario Power Generation c. Society of Energy Professionals*, par. 1, 9 et 28).

[149] Les obligations contractées dans ces conventions collectives constituaient des engagements immuables ayant force obligatoire (*Loi de 1995 sur les relations de travail*, art. 56). Il était donc interdit à Ontario Power Generation de réduire unilatéralement les niveaux de dotation, les salaires ou les avantages sociaux de ses employés syndiqués. Contrairement à ce qu'affirment les juges majoritaires (par. 84), ces conventions ne laissaient pas seulement « peu de marge de manœuvre quant aux barèmes de rémunération et aux niveaux de dotation dans leur ensemble », elles rendaient *illégal* la modification par le service public — d'une manière incompatible avec les engagements qu'il y prenait — des barèmes de rémunération et des niveaux de dotation quant à 90 p. 100 de son effectif obligatoire.

[150] En appliquant la méthode qu'elle a dit qu'elle utiliserait à l'égard des dépenses prévues du service public, la Commission oblige en fait Ontario Power Generation à prouver le caractère raisonnable de ses dépenses et conclut que l'entreprise n'a présenté ni [TRADUCTION] « preuve convaincante », ni « documents ou analyses » qui justifient les barèmes de rémunération (par. 347). Si elle avait eu recours à l'approche qu'elle a dit qu'elle utiliserait pour les dépenses à l'égard desquelles la société ne pouvait « prendre de mesures de réduction », la Commission aurait contrôlé la prudence des dépenses après coup et appliqué la présomption réfutable selon laquelle elles étaient raisonnables.

[151] Applying a prudence review to these compensation costs would hardly, as the majority suggests, “have conflicted with the burden of proof in the *Ontario Energy Board Act, 1998*”. To interpret the burden of proof in s. 78.1(6) of the *Ontario Energy Board Act, 1998* so strictly would essentially prevent the Board from ever conducting a prudence review, notwithstanding that it has comfortably done so in the past and stated, even in its reasons in this case, that it would review committed costs using an “after-the-fact prudence review” which “includes a presumption of prudence”. Under the majority’s logic, however, since a prudence review always involves a presumption of prudence, the Board would not only be limiting its methodological flexibility, it would be in breach of the Act.

[152] The application of a prudence review does not shield the utility’s compensation costs from scrutiny. As the Court of Appeal observed, a prudence review

does not mean that the [Board] is powerless to review the compensation rates for [Ontario Power Generation’s] unionized staff positions or the number of those positions. In a prudence review, the evidence may show that the presumption of prudently incurred costs should be set aside, and that the committed compensation rates and staffing levels were not reasonable; however, the [Board] cannot resort to hindsight, and must consider what was known or ought to have been known at the time. A prudence review allows for such an outcome, and permits the [Board] both to fulfill its statutory mandate and to serve as a market proxy, while maintaining a fair balance between [Ontario Power Generation] and its customers. [para. 38]

[153] The majority’s suggestion (at para. 114) that “if the legislature had intended for costs under collective agreements to also be inevitably imposed on consumers, it would not have seen fit to grant

[151] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, appliquer le contrôle de la prudence à ces dépenses de rémunération serait difficilement « incompatible avec le fardeau de preuve que prévoit la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* ». Considérer que le par. 78.1(6) de la *Loi de 1998 sur la Commission de l’énergie de l’Ontario* prévoit un fardeau de preuve aussi strict a essentiellement pour effet d’empêcher totalement la Commission d’effectuer des contrôles de la prudence, alors qu’elle en a effectués sans difficulté dans le passé et qu’elle a affirmé — comme dans ses motifs en l’espèce — qu’il y a lieu de soumettre les dépenses convenues à « un contrôle de la prudence après coup, [...] comportant l’application d’une présomption de prudence ». Or, suivant le raisonnement des juges majoritaires, comme le contrôle de la prudence présume toujours la prudence, la Commission ne verrait pas seulement sa marge de manœuvre réduite sur le plan méthodologique, mais elle contreviendrait aussi à la Loi.

[152] L’application du principe de la prudence ne soustrait pas les dépenses de rémunération du service public à tout examen. Comme le fait remarquer la Cour d’appel, le contrôle de la prudence

[TRADUCTION] n’écarte pas la possibilité que la [Commission] puisse contrôler les barèmes de rémunération applicables aux employés syndiqués d’[Ontario Power Generation] ou le nombre de leurs postes. Lors d’un tel contrôle, il peut ressortir de la preuve, d’une part, que la présomption selon laquelle les dépenses ont été faites de manière prudente doit être écartée et, d’autre part, que les barèmes de rémunération et les niveaux de dotation convenus ne sont pas raisonnables; cependant, la [Commission] ne peut se prononcer avec le recul, mais doit tenir compte de ce qui était connu ou qui aurait dû l’être à l’époque. Le contrôle de la prudence admet un tel résultat et permet à la [Commission] de s’acquitter de son mandat légal et de jouer son rôle de substitut du marché tout en assurant un juste équilibre entre les intérêts d’[Ontario Power Generation] et ceux de ses clients. [par. 38]

[153] L’affirmation des juges majoritaires selon laquelle, « si le législateur avait voulu que les dépenses [...] issues [de conventions collectives] se répercutent inévitablement sur les consommateurs, il

the Board oversight of utility compensation costs”, is puzzling. The legislature did not intend for *any* costs to be “inevitably” imposed on consumers. What it intended was to give the Board authority to determine just and reasonable payment amounts based on Ontario Power Generation’s existing and proposed commitments. Neither collective agreements nor any other contractual obligations were intended to be “inevitably” imposed. They were intended to be inevitably considered in the balance. But it is precisely because of the unique nature of binding commitments that the Board said it would impose a different kind of review on these costs.

[154] It may well be that Ontario Power Generation has the ability to manage some staffing levels through attrition or other mechanisms that did not breach the utility’s commitments under its collective agreements, and that these costs may therefore properly be characterized as forecast costs. But no factual findings were made by the Board about the extent of any such flexibility. There is in fact no evidence in the record, nor any evidence cited in the Board’s decision, setting out what proportion of Ontario Power Generation’s compensation costs were fixed and what proportion remained subject to the utility’s discretion. The Board made virtually no findings of fact regarding the extent to which the utility could reduce its collectively bargained compensation costs. On the contrary, the Board, as Aitken J. noted, “lumped” all compensation costs together, acknowledged that reducing those in the collective agreements would “take time” and “be difficult”, and dealt with them as globally adjustable.

[155] Given that collective agreements are legally binding, it was unreasonable for the Board to assume that Ontario Power Generation could reduce the costs fixed by these contracts in the absence of any evidence to that effect. To use the majority’s

n’aurait pas jugé opportun d’investir la Commission du pouvoir de surveiller les dépenses de rémunération d’un service public » (par. 114), laisse perplexé. Le législateur ne voulait pas que *toute* dépense se répercute « inévitablement » sur les consommateurs. Son intention était de donner à la Commission le pouvoir d’arrêter des paiements justes et raisonnables en fonction des engagements actuels et projetés d’Ontario Power Generation. Ni les conventions collectives ni aucune autre obligation contractuelle ne devaient « inévitablement » se répercuter sur qui que ce soit. Cependant, elles devaient inévitablement peser dans la balance. Or, c’est précisément la nature unique des engagements contraignants qu’a invoquée la Commission lorsqu’elle a affirmé qu’elle soumettrait ces dépenses à un contrôle différent.

[154] Il se peut fort bien qu’Ontario Power Generation puisse modifier certains niveaux de dotation par voie d’attrition ou grâce à d’autres mécanismes qui ne vont pas à l’encontre de ses obligations suivant les conventions collectives. Il se peut fort bien aussi que les dépenses puissent donc être assimilées à juste titre à des dépenses prévues. La Commission ne tire toutefois aucune conclusion de fait sur l’étendue d’une telle marge de manœuvre. En fait, aucun élément du dossier ou de la preuve invoquée par la Commission n’indique dans quelle proportion les dépenses de rémunération d’Ontario Power Generation sont fixes et dans quelle proportion elles demeurent assujetties au pouvoir discrétionnaire du service public. La Commission ne tire pour ainsi dire aucune conclusion de fait quant à savoir dans quelle mesure l’entreprise pouvait réduire ses dépenses de rémunération issues des conventions collectives. Au contraire, comme le souligne la juge Aitken, la Commission [TRADUCTION] « regroupe » sans distinctions toutes les dépenses liées à la rémunération, reconnaît que la réduction de celles issues des conventions collectives « prend[rait] du temps » et « [s’]crut ardue », et considère qu’elles sont globalement ajustables.

[155] Comme les conventions collectives sont contraignantes en droit, il était déraisonnable que la Commission présume qu’Ontario Power Generation pouvait réduire les dépenses déterminées par ces contrats en l’absence de toute preuve en ce

words, these costs are “legal obligations that leave [the utility] with no discretion as to whether to make the payment in the future” (para. 82). According to the Board’s own methodology, costs for which “[t]here is no opportunity for the company to take action to reduce” are entitled to “a presumption of prudence”: para. 75.

[156] Disallowing costs that Ontario Power Generation is legally required to pay as a result of its collective agreements, would force the utility and the Province of Ontario, the sole shareholder, to make up the difference elsewhere. This includes the possibility that Ontario Power Generation would be forced to reduce investment in the development of capacity and facilities. And because Ontario Power Generation is Ontario’s largest electricity generator, it may not only threaten the “financial viability” of the province’s electricity industry, it could also imperil the assurance of reliable electricity service.

[157] The majority nonetheless assumes that the ongoing relationship between Ontario Power Generation and the unions should give the Board greater latitude in disallowing the collectively bargained compensation costs than it would have had if it applied a no-hindsight, presumption-of-prudence analysis. It also accepts the Board’s conclusion that Ontario Power Generation’s collectively bargained compensation costs may be “excessive”, and therefore concludes that the Board was reasonable in choosing to avoid the “prudence” test in order to so find. This approach finds no support even in the methodology the Board set out for itself for evaluating just and reasonable payment amounts.

[158] In my respectful view, selecting a test which is more likely to confirm an assumption that collectively bargained costs are excessive, misconceives the point of the exercise, namely, to determine

sens. Pour reprendre les propos des juges majoritaires, ces dépenses correspondent à des « obligations qui écartent tout pouvoir discrétionnaire [...] permettant [au service public] de ne pas acquitter la somme ultérieurement » (par. 82). Selon la propre méthode de la Commission, les dépenses à l’égard desquelles [TRADUCTION] « [l]a société ne pouvait prendre de mesures de réduction » bénéficient d’une « présomption de prudence » (par. 75).

[156] Refuser d’approuver des dépenses qu’Ontario Power Generation est juridiquement tenue d’acquitter en raison de ses conventions collectives obligerait le service public et son seul actionnaire, la province d’Ontario, à combler la différence en puisant ailleurs. Ontario Power Generation pourrait notamment être forcée de réduire ses investissements dans l’accroissement de sa capacité et dans l’amélioration de ses installations. Et, comme il s’agit du plus grand producteur d’électricité de l’Ontario, un tel refus pourrait non seulement nuire à la « viabilité financière » du secteur de l’électricité de la province, mais également mettre en péril la garantie d’un service d’électricité fiable.

[157] Les juges majoritaires tiennent cependant pour acquis que la relation continue entre Ontario Power Generation et les syndicats devrait conférer à la Commission, relativement aux dépenses de rémunération issues de négociations collectives, un pouvoir de refus plus grand que celui dont elle bénéficie dans le cadre d’une analyse qui exclut le recul et présume la prudence. Ils font droit également à la conclusion de la Commission selon laquelle les dépenses de rémunération issues de négociations collectives auxquelles Ontario Power Generation a participé pourraient être [TRADUCTION] « excessives » et concluent donc que la Commission a agi raisonnablement en écartant le principe de la « prudence » pour arriver à sa conclusion. Leur approche ne trouve aucun appui, pas même dans la méthode que la Commission établit elle-même pour déterminer le montant de paiements justes et raisonnables.

[158] En tout respect pour l’opinion contraire, en choisissant un critère éminemment susceptible de confirmer l’hypothèse que les dépenses issues de négociations collectives sont excessives, on se

whether those costs were in fact excessive. Blaming collective bargaining for what are *assumed* to be excessive costs, imposes, with respect, the appearance of an ideologically driven conclusion on what is intended to be a principled methodology based on a distinction between committed and forecast costs, not between costs which are collectively bargained and those which are not.

[159] I recognize that the Board has wide discretion to fix payment amounts that are “just and reasonable” and, subject to certain limitations, to “establish the . . . methodology” used to determine such amounts: O. Reg. 53/05, s. 6, *Ontario Energy Board Act, 1998*, s. 78.1. That said, once the Board establishes a methodology to determine what is just and reasonable, it is, at the very least, required to faithfully apply that approach: see *TransCanada Pipelines Ltd. v. National Energy Board* (2004), 319 N.R. 171 (F.C.A.), at paras. 30-32, per Rothstein J.A. This does not mean that collective agreements “supersede” or “trump” the Board’s authority to fix payment amounts; it means that once the Board selects a methodology for itself for the exercise of its discretion, it is required to follow it. Absent methodological clarity and predictability, Ontario Power Generation would be left in the dark about how to determine what expenditures and investments to make and how to present them to the Board for review. Wandering sporadically from approach to approach, or failing to apply the methodology it declares itself to be following, creates uncertainty and leads, inevitably, to needlessly wasting public time and resources in constantly having to anticipate and respond to moving regulatory targets.

[160] In disallowing \$145 million of the compensation costs sought by Ontario Power Generation on the grounds that the utility could reduce salary and staffing levels, the Board ignored the legally binding nature of the collective agreements

méprend sur l’objectif de la démarche, qui est de déterminer si ces dépenses étaient bel et bien excessives. Imputer à la négociation collective ce que l’on *suppose* constituer des dépenses excessives revient, soit dit tout en respect, à substituer ce qui a l’apparence d’une conclusion idéologique à ce qui est censé résulter d’une méthode d’analyse raisonnée qui distingue entre les dépenses convenues et les dépenses prévues, non entre les dépenses issues de négociations collectives et celles qui ne le sont pas.

[159] Je reconnais que la Commission jouit d’un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de déterminer les paiements qui sont « justes et raisonnables » et, à l’intérieur de certaines limites, de [TRADUCTION] « définir la [. . .] méthode » utilisée pour établir le montant de ces paiements (règlement 53/05, art. 6; *Loi de 1998 sur la Commission de l’Énergie de l’Ontario*, art. 78.1). Cela dit, dès lors qu’elle a établi une méthode pour déterminer ce qui est juste et raisonnable, la Commission doit à tout le moins l’appliquer avec constance (*TransCanada Pipelines Ltd. c. Office national de l’Énergie*, 2004 CAF 149 (CanLII), par. 30-32, le juge Rothstein). Pour autant, les conventions collectives ne « pri- ment » pas le pouvoir de la Commission de fixer les paiements, mais une fois que la Commission a choisi une méthode pour exercer son pouvoir discrétionnaire, elle doit s’y tenir. En l’absence de clarté et de prévisibilité quant à la méthode à appliquer, Ontario Power Generation serait vouée à l’incertitude quant à la démarche à suivre pour déterminer les dépenses et les investissements à faire et quant à la manière de les soumettre à l’examen de la Commission. Passer sporadiquement d’une approche à une autre ou ne pas appliquer la méthode que l’on prétend appliquer crée de l’incertitude et mène inévitablement au gaspillage inutile du temps et des ressources publics en ce qu’il faut constamment anticiper un objectif réglementaire fluctuant et s’y ajuster.

[160] En refusant d’approuver des dépenses de 145 millions de dollars au motif qu’Ontario Power Generation pouvait réduire ses barèmes de rémunération et ses niveaux de dotation, la Commission a méconnu le caractère contraignant en droit des

and failed to distinguish between committed compensation costs and those that were reducible. Whether or not one can fault the Board for failing to use a particular methodology, what the Board can unquestionably be analytically faulted for, is evaluating all compensation costs fixed by collective agreements as being amenable to adjustment. Treating these compensation costs as reducible was, in my respectful view, unreasonable.

[161] I would accordingly dismiss the appeal, set aside the Board's decision, and, like the Court of Appeal, remit the matter to the Board for reconsideration in accordance with these reasons.

Appeal allowed, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondent Ontario Power Generation Inc.: Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Solicitors for the respondent the Power Workers' Union, Canadian Union of Public Employees, Local 1000: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the respondent the Society of Energy Professionals: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Solicitors for the intervener: Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

conventions collectives et a omis de distinguer les dépenses de rémunération convenues de celles qui étaient réductibles. On peut reprocher ou non à la Commission de ne pas avoir appliqué une certaine méthode, mais on peut assurément lui reprocher, sur le plan analytique, d'avoir considéré toutes les dépenses de rémunération déterminées par des conventions collectives comme des dépenses ajustables. Voir dans ces dépenses des dépenses réductibles est à mon sens déraisonnable.

[161] Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, d'annuler la décision de la Commission et, à l'instar de la Cour d'appel, de renvoyer l'affaire à la Commission pour qu'elle la réexamine à la lumière des présents motifs.

Pourvoi accueilli, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelante : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs de l'intimée Ontario Power Generation Inc. : Torys, Toronto; Ontario Power Generation Inc., Toronto.

Procureurs de l'intimé le Syndicat des travailleurs et travailleuses du secteur énergétique, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1000 : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intimée Society of Energy Professionals : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Jay Shepherd Professional Corporation, Toronto.

Federal Court



Cour fédérale

Date: 20140605

Docket: T-1740-13

Citation: 2014 FC 548

Vancouver, British Columbia, June 5, 2014

PRESENT: The Honourable Mr. Justice Mosley

BETWEEN:

SPRUCE HOLLOW HEAVY HAUL LTD.

Applicant

and

SHANNON KNEZACKY MADILL

Respondent

REASONS FOR JUDGMENT AND JUDGMENT

[1] This is an application for judicial review of a decision made by an Adjudicator appointed under s 242 of the *Canada Labour Code*, RSC 1985, c L-2 [Code], refusing a motion by the applicant to exclude Jean Howard from the adjudication proceedings.

[2] The applicant, Spruce Hollow Heavy Haul Ltd (Spruce Hollow), seeks an order:

- a) setting aside the Adjudicator's September 24, 2013 decision and referring the matter of Spruce Hollow's liability for unjust dismissal to another adjudicator appointed by the Minister;
- b) excluding Jean Howard and any other representative, agent, director, officer or employee of Super H Holdings Ltd (Super H), or any of its affiliates from any and future hearings in this matter; and
- c) a request for costs [withdrawn at the hearing].

[3] The respondent seeks an order dismissing the application, directing that the hearing for remedies before the Adjudicator be scheduled without delay, and any costs the Court deems appropriate and just.

1. BACKGROUND

[4] Spruce Hollow is a freight hauling company that trucks goods across Canada and the United States. It is incorporated in the province of British Columbia (BC) and operates out of an office in Abbotsford, BC.

[5] Shannon Knezacky (formerly Shannon Madill) is a former employee of Spruce Hollow. She affirms that she began working at Spruce Hollow in December 2005 where she was the lead dispatcher. According to Ms Knezacky, she became a Shareholder and Director of the company in 2007. Prior to working at Spruce Hollow, she worked for Peter Howard, Owner and President of Super H from April 2001 to November 2005.

[6] According to a Statement of Defence and Counterclaim, filed by Super H in an action in the Supreme Court of British Columbia between Spruce Hollow and Super H, included in the applicant's Application Record, Ms Knezacky and Mr Ronald Madill were both employees of Super H and were also both terminated by Super H on November 30, 2005. Super H's Statement of Defence and Counterclaim alleges, amongst other things, that Ms Knezacky was terminated for cause (wrongfully converting the property of Super H, in particular the ownership of the company, for personal use; taking steps to access bank accounts and attempting to be listed as a signing authority; wrongfully redirecting receivables).

[7] The applicant asserts that Ms Knezacky was an employee of both Spruce Hollow and Super H Holdings Ltd, handling the bookkeeping and accounts for both companies out of the same office. Ms Knezacky deposes that she was never an employee of both companies at the same time. As of the date of the making of her affidavit in this matter she was again employed by Super H, having resumed working there in June 2013.

[8] Ronald Madill is the General Manager of Spruce Hollow and Ms Knezacky's former husband. They were separated on August 11, 2011, and are involved in acrimonious divorce proceedings. Ms Knezacky alleges that Mr Madill was abusive and that she left him with the assistance and protection of the Abbotsford Police. Ms Knezacky continued to work for a short time at Spruce Hollow after the separation. She says that Mr Madill made her continued employment there impossible. Ms Knezacky's last day of work was August 26, 2011. She believes the separation and divorce proceedings are the reason why she was terminated by Spruce Hollow by letter dated August 31, 2011. The letter did not provide any reasons for the termination.

[9] On or around September 14 or 21, 2011, Ms Knezacky filed a written complaint with Human Resources and Skills Development Canada (HRSDC) under section 240 of the Code regarding her termination. According to Ms Knezacky's evidence, HRSDC staff was instructed by Spruce Hollow to deal with Mr Madill exclusively. As the matter was not settled in a reasonable period of time, Ms Knezacky made a written request that the complaint be referred to an adjudicator pursuant to subsection 241(3) of the Code. She also requested in writing that the matter be dealt with between herself and James Weber, the principal owner of Spruce Hollow. That request was refused and Spruce Hollow insisted that Mr Madill act as its representative.

[10] Dalton L. Larson (the Adjudicator) was appointed to hear the complaint. He advised Ms Knezacky that Spruce Hollow was entitled to be represented by whomever they chose and they had chosen to be represented by Mr Madill.

[11] Spruce Hollow declined an offer of settlement proposed by Ms Knezacky. After what appears from the record to have been delays in scheduling further proceedings caused primarily by Mr Madill's unavailability, Mr Larson ordered Spruce Hollow to provide full reasons for the dismissal and the particulars leading to Ms Knezacky's termination by October 31, 2012. Spruce Hollow responded on October 26, 2012 with a written statement of reasons for Ms Knezacky's dismissal.

[12] A Case Management Meeting was conducted on November 7, 2012, to deal with preliminary issues of employment length, jurisdiction and document exchange. Mr Madill challenged the Adjudicator's jurisdiction on the ground that Ms Knezacky had not been employed for a sufficient length of time. Mr Larson disposed of that objection finding that

Ms Knezacky's employment at Spruce Hollow extended beyond the required 12 consecutive months of continuous employment prior to her dismissal by the employer.

[13] I note that according to an email in the record, counsel was retained by Spruce Hollow in November 2012 to "deal with this matter". However, Mr Madill continued to personally represent Spruce Hollow.

[14] Mr Madill brought a motion to dismiss the complaint on the ground of what he characterized as "*res judicata*". His argument was that the issues in the case were inextricably tied up in the divorce proceedings underway in the Supreme Court of British Columbia between himself and Ms Knezacky. Mr Larson dismissed the objection in an interlocutory award dated November 23, 2012, finding that no other court or tribunal had purported to make a determination as to whether the complainant was discharged for just and proper cause. He noted that there may be an argument that he had concurrent jurisdiction on some common issues with the divorce courts relating to damages. Mr Larson also directed that the proceedings be bifurcated with the first hearings to determine whether the dismissal was for cause. If cause was not found, subsequent hearings would deal with the question of damages.

[15] Following the hearing on the motion, the parties agreed to enter into a mediation process to attempt to settle the dispute, presided over by Mr Larson. That was not successful despite what he described as a genuine effort on the part of both parties. Further efforts to schedule proceeding dates proved to be difficult largely because of the unavailability of the Spruce Hollow counsel, Messrs Madill and Weber and their witnesses. The matter was eventually set down for hearing on August 7 and 8, 2013.

[16] On the morning of August 7, 2013, Ms Knezacky brought with her Jean Howard, a former employee of Super H and the wife of Peter Howard, the sole director and shareholder of Super H, to attend the hearings to provide moral support. According to Ms Knezacky, Ms Howard had not worked for Super H since the spring of 2011. Ms Knezacky describes Ms Howard as a close friend, advisor and “surrogate mother” who has been a great support to her. The suggestion that Ms Howard attend the hearing had come up just the prior evening, she states, and was not pre-planned.

[17] According to Ms Knezacky’s evidence, Mr Madill forcefully reacted to seeing Ms Howard in the room. Spruce Hollow stated, through counsel, that it was concerned that the evidence it was seeking to rely on to justify its dismissal of Ms Knezacky could be used against it and Mr Madill by Super H in the Super H Litigation. According to Super H’s Statement of Defence and Counterclaim, the allegations in the proceedings between Spruce Hollow and Super H relate to incidents dating back to 2004 and 2005. According to Spruce Hollow, some of the underlying reasons for terminating Ms Knezacky relate to these allegations.

[18] After being given time to consider its position and to contact counsel handling the B.C. Supreme Court litigation, Spruce Hollow sought an adjournment to prepare submissions on Ms Howard’s exclusion from the proceedings. The Adjudicator refused this request. The Adjudicator agreed to Ms Knezacky’s request that Ms Howard be present at the hearing. Spruce Hollow says that it then withdrew from the hearing rather than enter only part of its evidence against Ms Knezacky or enter all of it and risk providing evidence to support Super H’s claim. The applicant states that it reserved its right to seek judicial review of the Adjudicator’s

decision and to make submissions on the issue of quantum should there be a finding of no just cause to terminate Ms Knezacky.

II. DECISION UNDER REVIEW

[19] In his written reasons for decision issued on September 24, 2013, the Adjudicator summarized the background and context to the proceedings. He noted the difficulties his administrator had encountered in attempting to schedule hearings and to deal with anyone at Spruce Hollow other than Mr Madill. He referred to his September 12, 2012 letter sent to Jennifer Weber, the office manager and wife of the owner, stating that he would not countenance any further delays resulting from Spruce Hollow's refusal to cooperate with his administrator. In particular, he noted that he would have no alternative but to schedule the hearings peremptorily and make a decision without their (i.e. Spruce Hollow's) participation.

[20] When the hearings commenced on August 7, 2013, the respondent advised Mr Larson that she was unable to afford counsel and requested that she be accompanied by a friend, Ms Howard. The respondent's intention, as described by Mr Larson, was that Ms Howard would not represent her or participate in the hearings in any manner. She would not be called as a witness. Nor would she examine witnesses or make submissions. The respondent told the Adjudicator that it would be helpful if she could at least have Ms Howard by her side for emotional support and to advise her generally.

[21] The Adjudicator noted that the applicant "vigorously opposed the application". The applicant argued that it would not be able to make a full defence without risking that the information provided would be used against it to establish liability in the other proceedings.

The applicant also argued that it had been prejudiced by the respondent's failure to provide notice of Ms Howard's attendance. The Adjudicator probed the reasons for the objection:

[24] I asked him to provide me with information on how the two cases might present as a conflict or more precisely how evidence in this case relating to whether the Complainant was dismissed for just and proper cause by the Employer could have any relevance to the issues in the other case. What he said in response was that the claim made by the plaintiff in the other case was that his client had misappropriated funds belonging to the plaintiff. However, he conceded that it was not part of the case by either party that the Complainant had a role in the misappropriation but only that it happened during a time when the two companies operated out of the same office. He went on to explain that his position was based on the fact that the Complainant is currently employed by the plaintiff company in the other case and that she has the same role now as she had when she worked for the Employer in this case, and in particular that she was responsible for filing corporate taxes in both cases.

[22] The Adjudicator met privately with the applicant and respondent and advised that he was inclined to deny the motion on the basis that prejudice had not been established by the applicant. He advised that he "would need to know how evidence relating to why the Complainant was dismissed could possibly influence the claim in the other case that funds had been misappropriated based on the one simple fact that she has the same job in both companies."

[23] The Adjudicator granted the applicant's request for a recess. After a recess of "about 20-30 minutes" the applicant requested an adjournment to the following day to prepare argument on the prejudice it would suffer if Ms Howard was allowed to be present. The Adjudicator "refused the adjournment because, as I said, he had not demonstrated how the evidence in this case could prejudice the other case."

[24] The Adjudicator held that “an advisor who is tasked with a responsibility of providing emotional support and advice to a party who is otherwise not represented should be seen to have such a legitimate interest [in the proceedings] unless there is otherwise a good reason to exclude the advisor.”

[30] In this case I denied the motion to exclude Jean Howard from the hearings because I was not provided with what I considered to be a good reason to exclude her. I accepted that she should be permitted to attend the hearings as an advisor to assist the Complainant but not to speak on her behalf or to otherwise participate in the hearings. It is not unimportant, in that respect, to point out the incredible inconsistency between the position taken by the Employer at the outset of this case that it was entitled to select whomever it wished to represent it to the point that my Administrator could only speak with Mr Madill even to schedule hearings but that the Complainant could not have a friend attend the hearings as an advisor.

[31] Moreover, it may also be properly observed that these proceedings have been under way for fully two years, the delays having been caused largely by the serious matrimonial conflict between the Complainant and Mr. Madill, as I have already discussed. When hearings were finally scheduled to determine the substantive issue in dispute [...], it was done on the general understanding that no further delays would be tolerated except under the most dire circumstances. My decision on the motion to adjourn was taken in that context and on the grounds that no factual basis had been established by Counsel that would preclude me from being able to deal with the issue summarily.

[32] The real issue in this case involves what happened after I denied the Employer's motion to adjourn. I advised the Parties that I intended to proceed with the hearings and invited the Employer to commence its case and present its evidence. Mr Hande declined to do so. He advised me that that [sic] the Employer elected to withdraw from the hearings and to not participate further. I stated at that time that I was prepared to continue and that the failure of the Employer to participate would necessarily mean that it would fail to discharge its onus to prove that the Complainant was dismissed for just and proper cause. Notwithstanding my admonition, Mr Hande and his entire team of advisors and witnesses withdrew from the hearing room and left the building.

[25] In the result, the Adjudicator left open the question of remedies available to the respondent under s 242 (4) of the Code and the scheduling of hearings to address those issues.

III. ISSUES

[26] The applicant raised a number of issues in its written submissions including an objection to the respondent's affidavit of December 18, 2013. Reference is made to "numerous paragraphs that are not relevant to the issues before the Court on this application" and to paragraphs that are "prejudicial to the Applicant." However, no specific paragraphs are identified. The respondent, who is self-represented, points out that she is unable to respond to unspecified complaints about the content of her affidavit when she does not know what paragraphs are in question.

[27] It seems to me that the respondent did her best to present the facts relevant to the dispute and based upon her own personal knowledge of the events that have transpired as required: *Van Duyvenbode v Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 120 at para 2. To the extent that any part of her affidavit consists of any unnecessary "gloss or explanation" to the facts within her personal knowledge and relevant to the dispute, I have disregarded it.

[28] I would condense the remaining issues raised by the applicant as whether the Adjudicator's decision was unreasonable or a breach of procedural fairness.

[29] The standard of review applicable to cases of unjust dismissal under the Code is generally reasonableness: *Skinner v Fedex Ground Ltd.*, 2014 FC 426 at para 5, while the right to make full submissions and be heard on the reasons for termination constitute matters of procedural fairness: *Couchiching First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 772 at para 21.

[30] Where an issue of procedural fairness arises, the task for the Court is to determine whether the process followed by the decision-maker satisfied the level of fairness required in all of the circumstances: see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 SCR 339 at para 43.

IV. ANALYSIS

[31] The applicant submits that the Adjudicator violated the principle of *audi alteram partem* and acted beyond his jurisdiction or wrongly refused to exercise his jurisdiction by refusing to exclude Ms Howard from the hearing. The applicant says that the denial of fair notice and refusal to grant an adjournment to make additional representations constituted a want or excess of jurisdiction on the part of the tribunal: *Supermarchés Jean Labrecque Inc v Flamand*, [1987] 2 SCR 219 [*Supermarchés*] at paras 52-54.

[32] According to the applicant, Ms Knezacky was terminated from her employment at Spruce Hollow because she misdirected Spruce Hollow's funds, converted Spruce Hollow's property, and was dishonest with Spruce Hollow's ownership and management. Since this misconduct occurred when Ms Knezacky was working for both Spruce Hollow and Super H but Spruce Hollow paid Ms Knezacky's salary, Spruce Hollow could be found vicariously liable for Ms Knezacky's activities: *Bazley v Curry*, [1999] 2 SCR 534 at para 10.

[33] Ms Knezacky disputes that she was ever simultaneously employed by Spruce Hollow and Super H and asserts that the counter-claim in the action against Spruce Hollow will be dismissed against her whenever it is convenient for Super H to do so. This is supported by the fact that she is again employed by Super H. It seems that the action has not been actively pursued for several

years but there are signs, according to counsel for Spruce Hollow, that it is to be revived. In any event, the claims against Ms Knezacky are also directed against Mr Madill and involve a long-standing commercial dispute involving the ownership of both companies.

[34] The applicant claims that it could therefore not effectively present its case with Ms Howard in attendance, since its evidence and arguments could be used to establish the direct or indirect liability of Spruce Hollow in its proceedings against Super H for any misfeasance by Ms Knezacky and Mr Madill.

[35] The applicant notes that Ms Knezacky could have asked someone else to provide support. Specifically, she should have asked someone who was not connected to the ongoing proceedings between Spruce Hollow and Super H. The Adjudicator failed to weigh Ms Howard's "legitimate interest" in attending the hearing to provide moral support to Ms Knezacky against the potential harm to the applicant, Spruce Hollow submits.

[36] The applicant therefore argues that the Adjudicator wrongfully exercised his discretion to allow Ms Howard to remain in attendance despite being advised of Spruce Hollow's concerns that its ability to present a full defence to Ms Knezacky's claim would be hampered. Thus, the purpose of Ms Howard's attendance is not relevant. What is relevant, according to the applicant, is the impact her attendance would have had on its ability to make its submissions.

[37] Ms Howard is not a party to the litigation between her husband's company and Spruce Hollow and has no direct involvement, it appears, in those proceedings as a witness or otherwise. As was similarly found by the Adjudicator, counsel for Spruce Hollow was unable to explain to

me just how the presence of Ms Howard in support of Ms Knezacky could affect its case in the B.C. Supreme Court litigation.

[38] It is not clear what information, beyond that already disclosed in the public pleadings, would have emerged in the proceedings that could possibly have assisted Super H to defeat Spruce Hollow's claim or assert its counterclaim. The matter before the Adjudicator related to the respondent's termination from Spruce Hollow, and none of the material provided to the Adjudicator by the applicant mentioned Super H or indicated a link between the termination and the ongoing proceedings between Spruce Hollow and Super H.

[39] Moreover, had the Adjudicator chosen to treat the proceedings as closed, nothing would have prevented Ms Knezacky, at their conclusion, from fully informing her friend about the content of the proceedings including anything of possible interest to Super H.

[40] The applicant further submits that the Adjudicator provided its counsel with "only a brief period" to determine who Ms Howard was, consider the consequences of continuing the hearing with Ms Howard in attendance, including weighing the risks to his client with respect to another litigation matter of which he did not have detailed knowledge, and to research the limits of the Adjudicator's jurisdiction to allow a third party's attendance at a hearing in these circumstances. It was therefore unreasonable for the Adjudicator to expect the applicant's counsel to put forward cogent arguments.

[41] I note that while counsel who appeared for Spruce Hollow at the hearing on August 7, 2013, had only been involved with the matter for a few weeks, another counsel in his firm

who was familiar with the other litigation had been on record since November 2012. I find it difficult to accept that had the Super H litigation been relevant to the proceedings involving Ms Knezacky's termination, counsel would not have informed himself about them prior to the hearing and been in a position to explain the potential conflict to the Adjudicator.

[42] Counsel had an opportunity to confer with the lawyer handling the Super H litigation when the issue arose on August 7, 2012. Following the recess, Spruce Hollow did not provide any further information as to why their motion to exclude Ms Howard should be granted. In particular, Spruce Hollow did not provide any submissions going to the alleged prejudice. Rather, they sought an adjournment to the following morning to prepare submissions on this issue.

[43] While the Court might have made a different decision in the face of the spirited objection raised by Spruce Hollow, the refusal of adjournment in the circumstances was reasonable in the context of the protracted proceedings to that date. Although, the matter had been set down for two days, the loss of the first day may well have resulted in a need for a further adjournment. In the absence of clear prejudice to its case, the decision was within the range of acceptable outcomes defensible on the law and the facts.

[44] An adjudicator's powers are set out in s 242(2) and, pursuant to paragraph 242(2)(c), paragraphs 16(a), 16(b) and 16(c) of the Code which sets out the powers of the Canada Industrial Relations Board. The adjudicator's powers are as follows:

| | |
|---------------------------|------------------------------|
| Powers of adjudicator | Pouvoirs de l'arbitre |
| 242 (2) An adjudicator to | 242 (2) Pour l'examen du cas |

whom a complaint has been referred under subsection (1)

(a) shall consider the complaint within such time as the Governor in Council may by regulation prescribe;

(b) shall determine the procedure to be followed, but shall give full opportunity to the parties to the complaint to present evidence and make submissions to the adjudicator and shall consider the information relating to the complaint; and

(c) has, in relation to any complaint before the adjudicator, the powers conferred on the Canada Industrial Relations Board, in relation to any proceeding before the Board, under paragraphs 16(a), (b) and (c).

dont il est saisi, l'arbitre :

a) dispose du délai fixé par règlement du gouverneur en conseil;

b) fixe lui-même sa procédure, sous réserve de la double obligation de donner à chaque partie toute possibilité de lui présenter des éléments de preuve et des observations, d'une part, et de tenir compte de l'information contenue dans le dossier, d'autre part;

c) est investi des pouvoirs conférés au Conseil canadien des relations industrielles par les alinéas 16a), b) et c).

[45] It is well established that administrative tribunals are "masters of their own procedure". In *Prasad v Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 1 SCR 560, [1989] SCJ No 25 (QL) at para.16, the Supreme Court observed that "[i]n the absence of specific rules laid down by statute or regulation, they control their own procedures subject to the proviso that they comply with the rules of fairness and, where they exercise judicial or quasi-judicial functions, the rules of natural justice."

[46] The content of the duty of fairness to Spruce Hollow was met, in this context, by giving them an opportunity to be heard and to present their argument why exclusion of Ms Howard was necessary and why an adjournment should be granted.

[47] Here, given the history of delay largely attributable to the applicant and the context of attempts to block or derail the hearing of the complaint on its merits, it was reasonable in my view for the Adjudicator to expect a cogent and compelling explanation for the applicant's objection to the presence of Ms Howard at the hearing. The Adjudicator gave the applicant an opportunity to make argument and to provide an explanation. In doing so, he respected the applicant's right to be heard and he was prepared to continue to give the applicant an opportunity to be heard on the merits of the complaint which the applicant rejected by walking out of the proceedings. An adjournment was provided. A longer adjournment was not required in the circumstances in order to provide the applicant with procedural fairness.

[48] Had the matter proceeded as scheduled and information emerged that could have conceivably substantiated the applicant's concern, it would have been open to the applicant to again raise its objection to Ms Howard's presence.

[49] I note that, as in this case, where the employer withdraws from the proceedings and declines to participate, the adjudicator retains jurisdiction to render a decision on the dismissal (s 242(3)) and, where the dismissal is found to be unjust, an order on remedies (s 242(4)).

[50] In the circumstances of this matter, it was improper for the applicant to insist on having Mr Madill represent its interests given the matrimonial dispute in which he was involved with

the respondent. Given these circumstances, Mr Madill could be perceived to have an oblique motive for delay and obstruction of the Labour Code proceedings. The Adjudicator was aware of that general context and the respondent's request that someone else, notably the principal owner and Director of Spruce Hollow, Mr Weber, be the applicant's representative. The tone of the applicant's communications with the Adjudicator and between Mr Madill and the respondent suggest, at best, an attempt to stall the proceedings and at the worst, intimidation. Contrary to the submissions of Spruce Hollow, there is no indication in the record that it was anxious to proceed to a determination of whether it had just cause to terminate the respondent.

[51] On the record before me, I find that it was reasonable for the Adjudicator, in the absence of a compelling explanation as to why it was inappropriate, to determine that Ms Howard could remain and to proceed with the hearing. For that reason, this application is dismissed.

[52] As the respondent has represented herself she is not entitled to recover solicitor-client costs. She has submitted a statement of her out of pocket costs for these proceedings, including the time which she has had to take off work, which amounts to \$627.34. That amount appears reasonable and I shall, therefore, order that it be paid by the applicant. A similar amount was awarded in comparable circumstances in *MacFarlane v Day & Ross Inc.*, 2011 FC 377.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application is dismissed;
2. The matter is remitted to the Adjudicator to schedule hearings on the remedies available to the respondent under s 242 (4) of the Code as soon as practicable; and
3. The respondent shall have her costs of \$627.34 payable forthwith.

"Richard G. Mosley"

Judge

FEDERAL COURT
SOLICITORS OF RECORD

DOCKET: T-1740-13

STYLE OF CAUSE: SPRUCE HOLLOW HEAVY HAUL LTD.
v SHANNON KNEZACKY MADILL

PLACE OF HEARING: VANCOUVER, BRITISH COLUMBIA

DATE OF HEARING: JUNE 2, 2014

**REASONS FOR JUDGMENT
AND JUDGMENT:** MOSLEY J.

DATED: JUNE 5, 2014

APPEARANCES:

Trevor Hande

FOR THE APPLICANT

Shannon Knezacky Madill

FOR THE RESPONDENT
(ON HER OWN BEHALF)

SOLICITORS OF RECORD:

Hamilton Duncan Armstrong + Stewart
Barristers and Solicitors
Surrey, British Columbia

FOR THE APPLICANT

Shannon Knezacky Madill
Langley, British Columbia

FOR THE RESPONDENT
(ON HER OWN BEHALF)



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

Canada

[Canadian Transportation Agency \(/eng\)](#)

[Home](#) / [Decisions](#) / [Air](#) / [2016](#) / [Decision No. 100-A-2016](#)

Decision No. 100-A-2016

March 29, 2016

DETERMINATION by the Canadian Transportation Agency as to whether resellers operate air services and should therefore be required to hold an air licence and whether NewLeaf Travel Company Inc. operates an air service and should therefore be required to hold an air licence.

Case Number: 15-03590

ISSUES

[1] The issues to be addressed in this Determination are whether:

1. resellers operate air services and should therefore be required to hold an air licence; and
2. NewLeaf Travel Company Inc. (NewLeaf), based on its proposed business model, will operate an air service and should therefore be required to hold an air licence.

SUMMARY OF CONCLUSIONS

[2] For the reasons set out below, the Canadian Transportation Agency (Agency)

finds that:

1. Resellers do not operate air services and are not required to hold an air licence, as long as they do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service.
2. NewLeaf, should it proceed with its proposed business model, would not operate an air service and would not be required to hold an air licence.

[3] These determinations reflect the most reasonable interpretation of the statutory requirements related to air licensing, based on a plain reading of their language, their entire statutory context, their statutory history, and an understanding of their underlying purposes.

[4] The determination on the first issue has broad applicability and will provide industry, air travellers, and other interested parties with clarity and predictability and, in so doing, will facilitate compliance with statutory requirements.

TERMINOLOGY

[5] Within the context of this Determination, the following terminology has been adopted:

"air carrier" means any person who operates aircraft on a domestic or international air service;

"charterer" means any person who charters an air carrier to operate non-resalable or resalable flights on its behalf and includes a tour operator that provides the charter as part of an inclusive tour package; and,

"reseller" means a person who does not operate aircraft and who purchases the seating capacity of an air carrier and subsequently resells those seats, in its own right, to the public.

THE LAW

[6] Paragraph 57(a) of the *Canada Transportation Act*, S.C., 1996, as amended (CTA) provides that no person shall "operate" an "air service" unless, in respect of that service, the person holds a licence issued under Part II of the CTA.

[7] Subsection 55(1) of the CTA defines "air service" as a service, provided by means of an aircraft, that is publicly available for the transportation of passengers or goods, or both.

[8] The word "operate" in paragraph 57(a) is not defined within the CTA.

BACKGROUND

[9] The Agency regulates the licensing of air transportation pursuant to the CTA and the *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58, as amended (ATR (Air Transportation Regulations)). Part II of the CTA addresses air transportation matters and details the licensing requirements administered by the Agency, which apply to any person who operates an air service in Canada.

[10] The CTA requires that persons hold the appropriate licence before they can operate an air service. Licensees are subject to a number of passenger and industry protection provisions, including with respect to tariffs, financial requirements, and Canadian ownership.

[11] When the *National Transportation Act, 1987* (subsequently consolidated and revised by the CTA) was introduced, it ushered in the deregulation of the aviation industry, eliminating restrictions on market entry, routes that could be operated, pricing, and the distinction between non-scheduled and scheduled domestic air services. Deregulation resulted in a greater reliance on market forces to achieve more competitive prices and a wider range of services. Industry developed new approaches to the provision of air services, some of which did not always fit squarely into the CTA's licensing parameters. One such approach is the reseller model, whereby the reseller has commercial control over an air service and makes decisions on matters such as routes, scheduling, pricing, and aircraft to be used, while air carriers operate the aircraft on the reseller's behalf.

[12] In 1996, the CTA's licensing parameters were tested when Greyhound Lines of Canada Ltd. (Greyhound) proposed to market and sell air services, on its own behalf, while entering into a contract with Kelowna Flightcraft Air Charter Ltd. (Kelowna Flightcraft) to operate the aircraft. The Agency, in [\(/eng/ruling/232-A-1996\)Decision No. 232-A-1996 \(/eng/ruling/232-a-1996\)](#) and [\(/eng/ruling/292-A-1996\)Decision No. 292-A-1996 \(/eng/ruling/292-a-1996\)](#), determined that Greyhound would operate the air service and, therefore, require a licence. The Agency arrived at its determination on the basis that the person that had commercial control over the sale of the air service was required to hold the licence, irrespective of whether they operated aircraft.

[13] Greyhound and Kelowna Flightcraft petitioned the Governor in Council (GIC) to reverse the Agency's decisions. The GIC, on the recommendation of the Minister of Transport, determined that Greyhound Canada Transportation Corp., a successor corporation to Greyhound, would not be operating the air service (Order-in-Council No. P.C. 1996-849). The GIC, however, placed a number of conditions on its decision, including that Greyhound Canada Transportation Corp. inform all prospective purchasers of the air services that Kelowna Flightcraft would be providing the air service.

[14] In 2009, the GIC again reversed an Agency determination, Confidential Decision of the Agency dated June 29, 2009, that a reseller, in that case American Medical Response of Canada Inc., would operate an air service (Order-in-Council No. P.C. 2010-1143).

[15] In 2013, the Agency issued [\(/eng/ruling/390-A-2013\)Decision No. 390-A-2013 \(/eng/ruling/390-a-2013\)](#) to inform the air industry of the criteria that it will apply in interpreting what constitutes an "air service" and, more specifically, when an air service is considered to be "publicly available." The Agency determined that an air service is one that is (i) offered and made available to the public; (ii) provided pursuant to a contract or arrangement for the transportation of passengers or goods; (iii) offered for consideration; and (iv) provided by means of an aircraft. [\(/eng/ruling/390-A-2013\)Decision No. 390-A-2013 \(/eng/ruling/390-a-2013\)](#) did not specifically address resellers.

[16] For international air services, the ATR (Air Transportation Regulations) require the air carrier, and not the reseller, to hold the licence. For this reason, the Agency only applied the approach developed in the Greyhound case to domestic air services, resulting in resellers having to hold a licence for the sale of domestic, but not international, air services. There are currently 14 resellers that hold licences for domestic air services.

[17] The Agency's enforcement activities have revealed, however, that there is a lack of clarity among resellers as to whether they are required to hold a licence, given that they do not operate any aircraft.

[18] In light of its experiences administering the air licensing provisions and the continued development by industry of new business models, in 2014, the Agency initiated an internal review of whether resellers are operating air services and are therefore required to hold a licence. The Agency subsequently became aware of NewLeaf's plan to market and sell air services, while not operating aircraft, and in August 2015, initiated an inquiry, pursuant to section 81 of the CTA, into whether NewLeaf would be operating an air service and therefore would be required to hold a licence. The Agency decided to complete its review of whether resellers are required to hold a licence as part of this inquiry, and also decided to hold public consultations on the matter.

CONSULTATIONS

[19] On December 21, 2015, the Agency released a consultation paper and invited information and feedback on whether resellers should be considered to operate air services pursuant to section 57 of the CTA. The paper included a description of a possible approach. The Agency received submissions from 26 interested parties and has considered all of them in arriving at its determination. The parties' comments are summarized below.

[20] Some parties commented that resellers should be required to hold a licence to ensure that the licensing requirement does not favour one business model over another; i.e., to provide a level playing field. They submitted that competing businesses holding themselves out to the public as providing the same service

should be subject to the same regulatory requirements. In addition, they argued that not requiring resellers to hold a licence would create a competitive disadvantage for licensed air carriers by subjecting them to the additional regulatory requirements and limiting access to foreign capital, given that licensees must be owned and controlled by Canadians. It was also suggested that not obligating resellers to hold a licence could enable persons to structure their businesses in ways that effectively circumvent the licensing requirements.

[21] Parties also commented that resellers should be required to hold a licence when they enter into a contract of carriage with the public to ensure that equal protection is afforded to passengers, regardless of the chosen business model. One party submitted that absent the requirement for the reseller to hold a licence, the lack of a contractual relationship between the air carrier and the passenger would (i) provide no recourse to the passenger against the air carrier should the air carrier not provide the contracted service; (ii) limit the air carrier's liability to the passenger to tort law (i.e., negligence), thereby negating the applicability of the air carrier's insurance to claims by passengers against the reseller; and (iii) limit any available protection for the passenger from the tariff system.

[22] Conversely, other parties commented that resellers should not be required to hold a licence, provided they have contractual arrangements with licensed air carriers. Those parties commented that adequate measures already exist to protect passengers, through existing federal and provincial legislation, including the requirement for air carriers to hold a tariff that applies to passengers.

[23] Additionally, some parties commented that the intent of deregulation was to reduce government control over or intervention in how domestic air services are delivered. It was argued that by requiring the licensee to hold a Canadian aviation document (CAD), Parliament's intention was for the CTA to only apply to air carriers (i.e., not resellers) and that Parliament deliberately chose not to exert its authority to license resellers. It was further suggested that not requiring resellers to hold a licence would eliminate the different licensing treatment between domestic and international operations and result in increased competition and lower airfares, with the market deciding the success of any proposed air service.

[24] On the matter of what criteria should be used to determine whether a reseller is holding itself out as an air carrier, the following criteria were proposed: commercial control, acceptance of financial risk for the sale of seats, non-disclosure of the aircraft operator, promoting oneself as an air carrier (i.e., images of aircraft with their livery), the use of business name(s) and words/phrases (such as "airlines", "aviation", or similar words) that create the impression that they are an air carrier or airline, and not clearly conveying their role as a reseller of the air carrier's capacity.

ANALYSIS AND DETERMINATIONS

Issue 1: Whether resellers operate air services and should therefore be required to hold an air licence

[25] Paragraph 57(a) of the CTA states that "no person shall operate an air service unless, in respect of that service, the person holds a licence issued under this Part." In interpreting the expression "operate an air service," the words are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the legislation, the object of the legislation, and the intention of Parliament (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para. 21).

[26] Having carefully considered the wording of the CTA and the ATR (Air Transportation Regulations), the CTA's underlying public policy purposes, and the submissions received during the consultation period, the Agency finds that the most reasonable interpretation of what it means to operate an air service does not capture resellers, as long as they do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service.

[27] Factors that the Agency took into account in arriving at this interpretation include the plain meaning, context, and history of the statutory language; the national transportation policy, the CTA's passenger protection and Canadian ownership goals; and the manner in which resellers hold themselves out to the public.

The plain meaning, entire context, and history of the statutory language

[28] When considering what would be the most reasonable interpretation of the domestic licensing requirements in respect of resellers, a key starting point was the simple fact that Parliament both refrained from explicitly requiring entities that do not operate aircraft to hold a licence while also developing a licensing regime where the chartered air carrier is required to hold a licence for international services.

[29] The operation of an air service, pursuant to section 57 of the CTA, is the sole criterion that dictates whether a person is required to hold a licence. The interpretation of the expression "operate an air service" should be expected to produce consistent results in establishing whether or not a person is required to hold a licence, irrespective of whether the air service is domestic or international.

[30] Section 59 of the CTA prohibits persons from selling an air service unless a person holds a licence in respect of that air service. While the language in section 57 of the CTA requires a person operating an air service to hold a licence, the language in section 59 does not require the person selling the air service to be a licensee; it only requires that a licence be held in respect of that air service. When read together, these two sections lead to the conclusion that selling an air service to the public does not equate to operating an air service.

[31] Prior to deregulation, air carriers were required to hold either a scheduled or a non-scheduled domestic or international licence to operate air services. Air carriers operating pursuant to a non-scheduled licence were limited to selling their capacity to charterers, who could then resell that capacity on a unit toll or price per seat basis to the public. Resellers were not required to hold a licence. Deregulation removed the distinction between scheduled and non-scheduled for domestic air services, thereby allowing air carriers to distribute their capacity, as they see fit, with a single domestic licence. No new legislative provisions were introduced to require resellers to hold a licence.

[32] For non-scheduled international air services, the ATR (Air Transportation Regulations)'s provisions require licensed air carriers to hold the appropriate charter permit to operate charter flights on behalf of charterers who can resell that aircraft capacity directly to the public without the charterer having to hold a licence. Indeed,

pursuant to Parts III and IV of the ATR (Air Transportation Regulations), the air carrier is prohibited from selling its aircraft capacity on a price per seat basis directly to the public as well as from promoting, in any manner, the resalable charter to the public. The resalable charter can only be operated according to the conditions of a contract entered into between air carriers and charterers that require the charterers to charter the entire passenger seating capacity of an aircraft for resale by them to the public, at a price per seat. In the non-scheduled international context, the air carrier, and not the charterer, is required to hold the licence.

[33] In summary, a plain reading of the statutory provisions, informed by their history and the benefits of consistent interpretation of phrases used for both domestic and international licensing purposes, strongly suggests that Parliament did not intend for domestic licensing requirements to apply to entities that purchase air carriers' aircraft capacity for resale by them to the public, but do not themselves operate aircraft.

National transportation policy

[34] The national transportation policy, as articulated in section 5 of the CTA, provides the overall policy framework for the CTA. The policy instruments, which include legislation, regulations, programs, and actions that flow from the policy, should reflect and reinforce its intent.

[35] The policy declares the CTA's objective to be a competitive, economic and efficient national transportation system that meets the highest practicable safety and security standards. The policy provides for regulation and strategic public intervention to be targeted to situations where desired outcomes cannot be achieved satisfactorily by competition and market forces.

[36] Allowing resellers to offer their products to consumers without having to hold a licence when their partner air carrier already holds one is consistent with section 5, inasmuch as it limits regulatory intervention and administrative burdens and is more likely than not to foster competition and choice in the market.

Passenger protection

[37] The requirement to hold a licence subjects the licensee to a number of passenger protection provisions, as identified in Agency [\(/eng/ruling/390-A-2013\)](#) [Decision No. 390-A-2013 \(/eng/ruling/390-a-2013\)](#). Principal among these is the requirement for a licensed air carrier to:

- i. have, display, and apply a clear tariff that addresses certain prescribed matters and that is reasonable and not unduly discriminatory;
- ii. meet the prescribed financial requirements, where applicable, before a licence can be issued, which is intended to reduce the risk that underfunded applicants enter the marketplace; and
- iii. hold the prescribed minimum passenger and third party liability insurance coverage.

[38] In weighing the relevance of the licensing provisions' consumer protection purposes to the question of whether those provisions should be interpreted as covering resellers, it is important to note that when passengers buy tickets through a reseller that is not required to hold an air licence, they will still be covered by the terms and conditions of the tariff issued by the chartered air carrier operating the aircraft on which those passengers travel. Further, the licensed air carrier will be required to hold prescribed passenger and third party liability insurance pursuant to section 7 of the [ATR \(Air Transportation Regulations\)](#) and to comply with applicable financial requirements pursuant to section 8.1 of the [ATR \(Air Transportation Regulations\)](#). On the other hand, resellers who do not have to obtain a licence from the Agency will continue to be subject to any provincial travel protection or consumer rights legislation.

[39] Thus, not requiring resellers to obtain a licence does not equate to leaving consumers without protections. The Agency's role is to administer and enforce the CTA as promulgated by Parliament, and its interpretation of the legislation must be reasonable, even if some alternate approach might provide additional protections.

Canadian ownership requirement

[40] The CTA's ownership provisions ensure that only Canadian-owned and controlled enterprises can operate domestic air services, thereby restricting foreign access to the domestic marketplace.

[41] These provisions can still be given full effect in a context where resellers are not required to obtain a licence. Should a non-Canadian reseller enter into an arrangement whereby it owns or control in fact the licensed air carrier, that air carrier would cease to be Canadian and would no longer be eligible to hold a licence. It is also worth noting that non-Canadian charterers have legally operated in Canada for many decades, reselling licensed air carriers' aircraft capacity to the public without any government intervention.

Holding out as an air carrier operating an air service

[42] While the Agency finds that, on balance, the most reasonable interpretation of the statutory licensing provisions and their underlying objectives is that resellers are not operating air services and therefore, are not required to hold a licence, this will only be the case as long as those resellers do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service. The Agency finds that if they choose to do so, resellers would be operating an air service and would be required to hold a licence, thereby ensuring that the consumer protection purposes of the legislation are not undermined.

[43] In determining whether a person is holding themselves out as an air carrier operating an air service, the Agency will consider whether the person promotes themselves as an air carrier, including providing images of aircraft with their livery and using business name(s) and words/phrases that create the impression that they are an air carrier.

[44] Lack of clear disclosure on its Web site, marketing material, and on tickets it issues of the identity of the operating air carrier would be indicative of the reseller holding itself out as an air carrier operating the air service. Web sites and marketing materials that use business names (e.g., "air", "air lines", "airlines" "airways",

"aviation", "fly", "jet", or "sky") or phrases and words (e.g., "our fleet of aircraft", "our crew", "we fly") that convey that the reseller is an air carrier operating the air service would also be indicative of holding oneself out as operating an air service. In contrast, clearly identifying the air carrier that will operate the air service, that the reseller's role is limited to reselling the air carrier's capacity, and that the air carrier's tariff's terms and conditions apply to the flight would not be indicative of a person holding themselves out as an air carrier operating an air service.

[45] The Agency notes that a passive approach by the reseller that neither clarifies nor refutes any impression by the public that the reseller is an air carrier operating an air service could also be indicative of the reseller holding itself out as an air carrier operating an air service. The public should be clearly informed about whether they are contracting and dealing with the operator of the air service so that they can assess any risk and make informed decisions.

[46] Where, in the opinion of the Agency, based on all of the relevant facts, the public is led to believe that the reseller is the air carrier operating the air service, the Agency will require the reseller to hold a licence and to respect all of its requirements. The Agency, in making a determination as to whether a reseller is holding itself out to the public as an air carrier operating an air service, will apply the considerations listed above, as well as any other relevant considerations it might identify from time to time, according to the facts of each case, and will weigh all facts together to make a determination.

Issue 2 – Whether NewLeaf will operate an air service and therefore be required to hold an air licence

[47] Having determined that resellers do not operate air services and are not required to hold a licence, as long as they do not hold themselves out to the public as an air carrier operating an air service, the Agency now turns to the question of whether NewLeaf - based on the determination above and the information before the Agency about its proposed business model - will operate an air service and would therefore be required to obtain a licence.

[48] On August 21, 2015, the Agency initiated an inquiry to determine whether NewLeaf's business proposal would constitute an air service for which a licence is required, and an Inquiry Officer was appointed to conduct that inquiry. The Inquiry Officer, in turn, sought information concerning the roles and responsibilities of NewLeaf and Flair Airlines Ltd. (Flair) in their business proposal.

[49] NewLeaf's response to the Inquiry Officer stated that it would initially operate as a "charterer" or a "tour operator" as defined in the ATR (Air Transportation Regulations). NewLeaf indicated that it would market and sell air services to the public, on its own behalf, and enter into a charter arrangement with Flair, a licensed air carrier, to operate the flights. NewLeaf further indicated that it might sell the air services as part of a packaged or bundled tour product. NewLeaf would be responsible from the check-in counter to the jet bridge door and would operate baggage handling services or contract them to a third party operating at each airport. NewLeaf would not acquire, lease, or operate any aircraft or other related airport infrastructure.

[50] NewLeaf stated that it would make it evident to the consumer that NewLeaf would be responsible for ticket sales and customer service, and that Flair would operate the air services. It was possible, however, that Flair's aircraft or other infrastructure would include some NewLeaf livery features to highlight the collaboration between the two parties.

[51] In January 2016, Canada Jetlines Ltd. and 1263343 Alberta Inc. carrying on business as EnerJet made unsolicited representations to the Agency with respect to NewLeaf. In summary, they submitted that NewLeaf had commercial control over the air service and was, therefore, operating an air service without a licence. They also argued that Newleaf was representing itself as an air carrier to the public, the media, and their customers without holding a licence. The Agency accepted the representations as part of its inquiry into whether NewLeaf would operate an air service and provided NewLeaf with an opportunity to respond by March 11, 2016. NewLeaf did not provide a response.

[52] The Agency has reviewed all available information and finds that if the proposed business model is followed, NewLeaf would be a reseller that does not operate an air service and therefore does not need to obtain a licence. The Agency notes, however, that if NewLeaf were to hold itself out to the public as an air carrier operating an air service, it would be required to hold a licence.

[53] It is noted that during the brief period in January 2016 when NewLeaf actively promoted its services through its Web site, it included images of aircraft painted in its livery. While NewLeaf is no longer promoting its services and has since removed these images from its Web site, the use of similar images in the future would suggest that NewLeaf would be holding itself out as an air carrier operating an air service.

[54] It is also noted that while NewLeaf has referred to itself as a travel company, there is public perception that NewLeaf is an air carrier. This was evident in repeated press and news articles about NewLeaf that referred to it as an air carrier. The consumer protection purposes of the CTA make it important that the public understand whether they are dealing with a reseller or an air carrier and, where there is confusion, the reseller should take appropriate actions to correct any misperceptions.

[55] Finally, the Agency notes that Flair, as a licensee operating the air service to be resold by NewLeaf, must comply with the licensing regime, including having a tariff that respects legislative and regulatory requirements related to consumer protection.

CONCLUSION

[56] For the reasons set out above, the Agency finds that resellers do not operate air services and are not required to hold a licence as long as they do not hold themselves out to the public as air carriers operating an air service.

The Agency also finds that NewLeaf will not be considered to operate an air service and required to hold a licence, as long as it operates in a manner consistent with the business proposal summarized in this Determination and does not hold itself out to the public as an air carrier operating an air service.

Member(s)

Scott Streiner

Sam Barone

P. Paul Fitzgerald

Rulings

[Go back to Rulings \(/decisions\)](#)

Date modified:

2016-03-30

Government
of CanadaGouvernement
du Canada

Canada

Treasury Board of Canada Secretariat (<http://www.tbs-sct.gc.ca/index-eng.asp>)

Values and Ethics Code for the Public Sector

The Role of Federal Public Servants

Federal public servants have a fundamental role to play in serving Canadians, their communities and the public interest under the direction of the elected government and in accordance with the law. As professionals whose work is essential to Canada's well-being and the enduring strength of the Canadian democracy, public servants uphold the public trust.

The Constitution of Canada and the principles of responsible government provide the foundation for the role, responsibilities and values of the federal public sector.^[1] Constitutional conventions of ministerial responsibility prescribe the appropriate relationships among ministers, parliamentarians, public servants^[2] and the public. A professional and non-partisan federal public sector is integral to our democracy.

The Role of Ministers

Ministers are also responsible for preserving public trust and confidence in the integrity of public sector organizations and for upholding the tradition and practice of a professional non-partisan federal public sector. Furthermore, ministers play a critical role in supporting public servants' responsibility to provide professional and frank advice.^[3]

Objectives

This Code outlines the values and expected behaviours that guide public servants in all activities related to their professional duties. By committing to these values and adhering to the expected behaviours, public servants strengthen the ethical culture of the public sector and contribute to public confidence in the integrity of all public institutions.

As established by the Treasury Board, this Code fulfills the requirement of section 5 of the *Public Servants Disclosure Protection Act* (PSDPA). It was developed in consultation with public servants, public sector organizations and bargaining agents. This Code should be read in conjunction with organizational codes of conduct.

Statement of Values

These values are a compass to guide public servants in everything they do. They cannot be considered in isolation from each other as they will often overlap. This Code and respective organizational codes of conduct are important sources of guidance for public servants. Organizations are expected to take steps to integrate these values into their decisions, actions, policies, processes, and systems. Similarly, public servants can expect to be treated in accordance with these values by their organization.

Respect for Democracy

The system of Canadian parliamentary democracy and its institutions are fundamental to serving the public interest. Public servants recognize that elected officials are accountable to Parliament, and ultimately to the Canadian people, and that a non-partisan public sector is essential to our democratic system.

Respect for People

Treating all people with respect, dignity and fairness is fundamental to our relationship with the Canadian public and contributes to a safe and healthy work environment that promotes engagement, openness and transparency. The diversity of our people and the ideas they generate are the source of our innovation.

Integrity

Integrity is the cornerstone of good governance and democracy. By upholding the highest ethical standards, public servants conserve and enhance public confidence in the honesty, fairness and impartiality of the federal public sector.

Stewardship

Federal public servants are entrusted to use and care for public resources responsibly, for both the short term and long term.

Excellence

Excellence in the design and delivery of public sector policy, programs and services is beneficial to every aspect of Canadian public life. Engagement, collaboration, effective teamwork and professional development are all essential to a high-performing organization.

Expected Behaviours

Federal public servants are expected to conduct themselves in accordance with the values of the public sector and these expected behaviours.

1. Respect For Democracy

- *Public servants shall uphold the Canadian parliamentary democracy and its institutions by:*
 - 1.1 Respecting the rule of law and carrying out their duties in accordance with legislation, policies and directives in a non-partisan and impartial manner.
 - 1.2 Loyal carrying out the lawful decisions of their leaders and supporting ministers in their accountability to Parliament and Canadians.
 - 1.3 Providing decision makers with all the information, analysis and advice they need, always striving to be open, candid and impartial.

2. Respect For People

- *Public servants shall respect human dignity and the value of every person by:*
 - 2.1 Treating every person with respect and fairness.
 - 2.2 Valuing diversity and the benefit of combining the unique qualities and strengths inherent in a diverse workforce.
 - 2.3 Helping to create and maintain safe and healthy workplaces that are free from harassment and discrimination.
 - 2.4 Working together in a spirit of openness, honesty and transparency that encourages engagement, collaboration and respectful communication.

3. Integrity

- *Public servants shall serve the public interest by:*
 - 3.1 Acting at all times with integrity and in a manner that will bear the closest public scrutiny, an obligation that may not be fully satisfied by simply acting within the law.
 - 3.2 Never using their official roles to inappropriately obtain an advantage for themselves or to advantage or disadvantage others.
 - 3.3 Taking all possible steps to prevent and resolve any real, apparent or potential conflicts of interest between their official responsibilities and their private affairs in favour of the public interest.
 - 3.4 Acting in such a way as to maintain their employer's trust.

4. Stewardship

- *Public servants shall use resources responsibly by:*
- 4.1 Effectively and efficiently using the public money, property and resources managed by them.
- 4.2 Considering the present and long-term effects that their actions have on people and the environment.
- 4.3 Acquiring, preserving and sharing knowledge and information as appropriate.

5. Excellence

- *Public servants shall demonstrate professional excellence by:*
- 5.1 Providing fair, timely, efficient and effective services that respect Canada's official languages.
- 5.2 Continually improving the quality of policies, programs and services they provide.
- 5.3 Fostering a work environment that promotes teamwork, learning and innovation.

Application

Acceptance of these values and adherence to the expected behaviours is a condition of employment for every public servant in the federal public sector, regardless of their level or position. A breach of these values or behaviours may result in disciplinary measures being taken, up to and including termination of employment.

The PSDPA defines the "public sector" as: (a) the departments named in Schedule I to the *Financial Administration Act* and the other portions of the federal public administration named in Schedules I.1 to V to that Act; and (b) the Crown corporations and other public bodies set out in Schedule I of the PSDPA. However, "the public sector" does not include the Canadian Forces, the Canadian Security Intelligence Service or the Communications Security Establishment, which are subject to separate requirements under the Act.

The *Values and Ethics Code for the Public Sector* came into force on April 2, 2012.

Avenues for Resolution

The expected behaviours are not intended to respond to every possible ethical issue that might arise in the course of a public servant's daily work. When ethical issues arise, public servants are encouraged to discuss and resolve these matters with their immediate supervisor. They can also seek advice and support from other appropriate sources within their organization.

Public servants at all levels are expected to resolve issues in a fair and respectful manner

and consider informal processes such as dialogue or mediation.

As provided by sections 12 and 13 of the PSDPA, if public servants have information that could indicate a serious breach of this Code, they can bring the matter, in confidence and without fear of reprisal, to the attention of their immediate supervisor, their senior officer for disclosure or the Public Sector Integrity Commissioner.

Senior officers for disclosure are responsible for supporting the chief executive in meeting the requirements of the PSDPA. They help promote a positive environment for disclosing wrongdoing, and deal with disclosures of wrongdoing made by employees of the organization. Further information on the duties and powers of senior officers for disclosure can be found in the attached Appendix.

Members of the public who have reason to believe that a public servant has not acted in accordance with this Code can bring the matter to an organizational point of contact that has been designated for the handling of such concerns or to the Public Sector Integrity Commissioner to disclose a serious breach of this Code.

Appendix

Duties and Obligations

Public Servants

Public servants are expected to abide by this Code and demonstrate the values of the public sector in their actions and behaviour. Furthermore, public servants must also adhere to the behavioural expectations set out in their respective organizational codes of conduct. If a public servant does not abide by these values and expectations, he or she may be subject to administrative or disciplinary measures up to and including termination of employment.

Public servants who are also managers are in a position of influence and authority that gives them a particular responsibility to exemplify the values of the public sector.

As provided by sections 12 and 13 of the *Public Servants Disclosure Protection Act* (PSDPA), if public servants have information that could indicate a serious breach of this Code they can bring this matter, in confidence and without fear of reprisal, to the attention of their immediate supervisor, their senior officer for disclosure or the Public Sector Integrity Commissioner.

Chief Executives^[4]

Chief executives of public sector organizations have specific responsibilities under the PSDPA, including establishing a code of conduct for their organization and an overall responsibility for fostering a positive culture of values and ethics in their organization. They ensure that employees are aware of their obligations under this Code and their specific organizational code of conduct. They also ensure that employees can obtain appropriate advice within their organization on ethical issues, including possible conflicts of interest.

Chief executives ensure that this Code, their organizational code of conduct, and their internal disclosure procedures are implemented effectively in their organization, and that they are regularly monitored and evaluated. Chief executives of Crown corporations may rely on their boards of directors for support in this duty.

Chief executives are responsible for ensuring the non-partisan provision of programs and services by their organizations.

Chief executives are subject to this Code and to the *Conflict of Interest Act*.

Senior Officers for Disclosure

The senior officer for disclosure helps promote a positive environment for disclosing wrongdoing and deals with disclosures of wrongdoing made by public servants of their organization. Senior officers are responsible for supporting the chief executive in meeting the requirements of the PSDPA.

The senior officer's duties and powers within his or her organization also include the following, in accordance with the internal disclosure procedures established under the PSDPA:

1. Provide information, advice and guidance to public servants regarding the organization's internal disclosure procedures, including the making of disclosures, the conduct of investigations into disclosures, and the handling of disclosures made to supervisors.
2. Receive and record disclosures and review them to establish whether there are sufficient grounds for further action under the PSDPA.
3. Manage investigations into disclosures, including determining whether to deal with a disclosure under the PSDPA, initiate an investigation or cease an investigation.
4. Coordinate handling of a disclosure with the senior officer of another federal public sector organization, if a disclosure or an investigation into a disclosure involves that other organization.

5. Notify the person(s) who made a disclosure in writing of the outcome of any review and/or investigation into the disclosure and on the status of actions taken on the disclosure, as appropriate.
6. Report the findings of investigations, as well as any systemic problems that may give rise to wrongdoing, directly to his or her chief executive, with recommendations for corrective action, if any.

Treasury Board of Canada Secretariat-Office of the Chief Human Resources Officer

In support of the Treasury Board President's responsibilities under section 4 of the PSDPA, the Office of the Chief Human Resources Officer (OCHRO) is responsible for promoting ethical practices in the public sector.¹ The OCHRO will work with all relevant partner organizations to implement and promote this Code, and will provide advice to chief executives and designated departmental officials with respect to its interpretation.

The Chief Human Resources Officer may issue directives, standards and guidelines related to this Code.

OCHRO will monitor the implementation of this Code in organizations with a view to assessing whether the stated objectives have been achieved.

Public Service Commission

The Public Service Commission is responsible for conducting staffing investigations and audits to safeguard the integrity of the public service staffing system and administering certain provisions related to political activities to maintain the non-partisanship of the public service in accordance with the *Public Service Employment Act*.

¹ This Code is intended to clarify the role and expectations of public servants within the framework of Canadian parliamentary democracy as laid out in the *Constitution Act* and the basic principle of responsible government, which holds that the powers of the Crown are exercised by ministers who are in turn accountable to Parliament.

² The *Public Servants Disclosure Protection Act (PSDPA)* defines "public servant" as every person employed in the public sector (this includes the core public administration, Crown corporations and separate agencies). Every member of the Royal Canadian Mounted Police and every chief executive (including deputy ministers and chief executive officers) are also included in the definition of public servant for the purpose of the PSDPA and this Code.

³ This text reflects the duties and responsibilities set out in *Accountable Government: A Guide for Ministers and Ministers of State*, the *Conflict of Interest Act*, the *Lobbying Act* and the PSDPA.

⁴ "Chief executive" means the deputy head or chief executive officer of any portion of the public sector, or the person who occupies any other similar position, however called, in the public sector (PSDPA, 2005).

⁵ Section 4 of the PSDPA assigns this responsibility to the Minister responsible for the Public Service Human Resources Management Agency of Canada (subsequently the Canada Public Service Agency (CPSA)). With the creation of the Office of the Chief Human Resources Officer within Treasury Board of Canada Secretariat on February 6, 2009, the functions of the CPSA were transferred to the OCHRO.

Date Modified:

2011-12-15

Court File No.:A-39-16

FEDERAL COURT OF APPEAL

BETWEEN:

DR. GABOR LUKACS

Applicant

and

CANADIAN TRANSPORTATION AGENCY

Respondent

RESPONDENT'S RECORD

John Dodsworth
Senior Counsel
Legal Services Branch
Canadian Transportation Agency
19th Floor
15 Eddy Street
Gatineau, Quebec
K1A 0N9

John.dodsworth@otc-cta.gc.ca

Tel: 819-953-9324

Fax: 819-953-9269