

T-845-88

T-845-88

National Anti-Poverty Organization and Arthur Milner (Plaintiffs)

v.

Attorney General of Canada (Defendant)

and

Bell Canada International Inc. and BCE Inc. (Intervenors)

INDEXED AS: NATIONAL ANTI-POVERTY ORGANIZATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

Trial Division, Muldoon J.—Ottawa, May 25, 26 and June 10, 27, 1988.

Telecommunications — Action for declaration Order in Council varying part of CRTC decision on Bell Canada rate proposal dealing with compensation for Bell employees temporarily transferred to BCI null and void — Whether some transfer costs borne by Bell's subscribers and whether constituting cross-subsidy between Bell and BCI — Order in Council subject to judicial review — Governor in Council violating Bill of Rights, s. 2(e) as did not give plaintiff, NAPO, opportunity to be heard.

Judicial review — Equitable remedies — Declarations — Order in Council varying part of CRTC decision on Bell Canada rate proposal dealing with compensation for Bell employees temporarily transferred to other company — Order in Council not matter of public convenience or general policy, therefore subject to judicial review — In absence of emergency or security intelligence exigencies, Governor in Council bound by audi alteram partem rule under Bill of Rights s. 2(e) — Here, rule infringed as plaintiff, NAPO, not given opportunity to be heard — Semble: Metaphysically archaic to argue prerogative writ (issued in Sovereign's name) cannot be issued against Governor in Council (theoretically headed by Sovereign's regent); Sovereign not above law, and Parliament and government subject to Constitution.

Bill of Rights — Right to fair hearing — Before varying CRTC decision on Bell Canada rate proposal, Governor in Council must, in absence of emergency or security exigencies, give party before CRTC opportunity to be heard and accord representations serious consideration.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Charter s. 15 rights not available to corporations — Individual plaintiff making out no case to be treated equally with similarly situated individual — In constitutional cases, duty on courts to direct parties' arguments to relevant issues to

Organisation nationale anti-pauvreté et Arthur Milner (demandeurs)

a c.

Procureur général du Canada (défendeur)

et

Bell Canada International Inc. et BCE Inc. (intervenantes)

RÉPERTORIÉ: ORGANISATION NATIONALE ANTI-PAUVRETÉ c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

c

Division de première instance, juge Muldoon—Ottawa, 25 et 26 mai, 10 et 27 juin 1988.

Télécommunications — Action visant à obtenir un jugement déclarant que le décret modifiant la partie de la décision du CRTC sur la proposition tarifaire de Bell Canada concernant le dédommagement pour les employés de Bell provisoirement mutés à la BCI est nul et inopérant — Il s'agit de savoir si les coûts de mutation sont assumés par les abonnés de Bell et s'ils constituent un interfinancement entre Bell et BCI — Le décret est soumis au contrôle judiciaire — Le gouverneur en conseil a violé l'art. 2e) puisqu'il n'a pas permis à la demanderesse ONAP d'être entendue.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Jugements déclaratoires — Décret modifiant la partie de la décision du CRTC relative à la proposition tarifaire de Bell Canada concernant le dédommagement pour les employés de Bell provisoirement mutés à une autre société — Le décret n'est pas une question de commodité publique et de politique générale et il s'ensuit qu'il est soumis au contrôle judiciaire — En l'absence d'urgence ou d'exigences relatives au renseignement de sécurité, le gouverneur en conseil est lié par la règle audi alteram partem en vertu de l'art. 2e) de la Déclaration des droits — La règle en l'espèce a été violée puisque la demanderesse ONAP n'a pas eu la possibilité d'être entendue — Remarque: C'est avoir une vision métaphysique archaïque que de prétendre qu'un bref de prérogative (au nom du Souverain) ne peut être délivré contre le gouverneur en conseil (présidé, en théorie, par le régent du Souverain); ce dernier n'est pas au-dessus de la loi; en outre, le Parlement et le gouvernement sont soumis à la Constitution.

Déclaration des droits — Droit à une audience impartiale — Avant de modifier la décision du CRTC ayant trait à la proposition de Bell Canada sur les tarifs, le gouverneur en conseil doit, en l'absence d'urgence ou d'exigences relatives au renseignement de sécurité, permettre à la partie devant le CRTC d'être entendue et examiner sérieusement les observations qui lui sont faites.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Les droits prévus à l'art. 15 de la Charte ne s'appliquent pas aux personnes morales — Le particulier demandeur n'a pas établi qu'il avait le droit d'être traité de façon égale à tout autre individu se trouvant dans la même

save constitutional principles from being subverted or overlooked.

Because its enterprise is akin to a public utility, Bell Canada is subject to the regulatory jurisdiction of the CRTC with respect, *inter alia*, to rates, costs and accounting procedures. Bell Canada's rates are approved by the CRTC according to factors such as revenues and revenue requirements. During CRTC hearings in 1986 and 1987 regarding the revenue requirements of Bell Canada, questions were raised as to whether Bell Canada cross-subsidized its arm's-length affiliate Bell Canada International Inc. (BCI) when employees were transferred to BCI to work on international assignments normally lasting two years or more. The concern was that some of the costs were being passed on to Bell's subscribers. In its decision 88-4 of March 17, 1988, the CRTC set the compensation to be paid to Bell or its regulated affiliate, Tele-Direct, for temporary transfer of employees at the 25% level (a 25% surcharge on the annual salary and labour-related costs of each employee). On March 25, 1988, a petition was submitted to the Governor in Council by Bell Canada Enterprises Inc. (BCE) and BCI, neither of which had been a party before the CRTC, requesting that the level be lowered.

Ignoring plaintiff National Anti-Poverty Organization (NAPO)'s request for an adequate opportunity to formulate a reply, the Governor in Council, acting under subsection 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* (NTPP Act), issued Order in Council P.C. 1988-762 deciding, in effect, that the determination of the value of the transfers should be restricted to the use of audited costs associated with re-employment guarantees, and thereby acceding to BCE and BCI's request.

These proceedings began as a motion for *certiorari* to quash Order in Council P.C. 1988-762. This was changed, on consent, to an action for a declaration that the Order in Council is null and void.

Held, the action should be allowed.

Semble: It is metaphysically archaic to argue that because prerogative writs are issued in the name of the Sovereign, they cannot be directed against a body of which the Sovereign's regent is the head, such as the Governor in Council. The Sovereign is not above the law, and the Parliament and government of Canada are subject to the Constitution.

It is well established that orders in council are subject to judicial review especially when, as here, they do not deal with matters of public convenience or general policy. The Supreme Court of Canada decision in *Thorne's Hardware*, stands as authority for the proposition that neither the power vested in the Governor in Council nor the particular exercise of that power are beyond judicial review.

The principle that there is no immunity for orders in council unlawfully made was enunciated by the Supreme Court of Canada in the *Inuit Tapirisat* case. The long-standing principle that neither the Sovereign nor the Sovereign in Council is above

situation — Dans les causes de droit constitutionnel, les tribunaux ont l'obligation de ramener les parties aux questions pertinentes pour empêcher que les principes constitutionnels soient mis en échec ou laissés dans l'oubli.

Puisque Bell Canada s'apparente à une entreprise de service public, elle est soumise au pouvoir de réglementation du CRTC, notamment en ce qui concerne les tarifs, les coûts et les procédures comptables. Les tarifs de Bell Canada sont approuvés par le CRTC conformément à certains facteurs tels que les revenus et les besoins en revenus. Au cours des audiences tenues en 1986 et en 1987 au sujet des besoins en recettes de Bell Canada, on s'est demandé si cette dernière ne se trouvait pas à interfinancer sa filiale indépendante Bell Canada International Inc. (BCI) lorsque ses employés sont mutés au service de la BCI à l'étranger pour une période dont la durée normale est de deux ans au moins. On était préoccupé par le fait qu'une partie des coûts était transmise aux abonnés de Bell. Dans sa décision 88-4 du 17 mars 1988, le CRTC a fixé à 25 % l'indemnité payable à Bell ou à sa filiale Tele-Direct en raison de la mutation temporaire d'employés (une contribution compensatoire correspondant à 25 % du salaire annuel et des frais connexes de chaque employé). Le 25 mars 1988, Bell Canada Enterprises Inc. (BCE) et BCI, qui n'avaient été ni l'une ni l'autre parties devant le CRTC, ont présenté au gouverneur en conseil une pétition demandant que le niveau des frais soit abaissé.

Sans tenir compte de la demande de l'Organisation nationale anti-pauvreté (ONAP) visant à obtenir la possibilité de formuler une réponse, le gouverneur en conseil, agissant conformément au paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* (Loi NAMT), a pris le décret C.P. 1988-762 qui, en fait, déclarait que l'établissement de la valeur des mutations devait être restreint à l'utilisation des frais vérifiés et des garanties de réemploi, faisant ainsi droit aux demandes de BCE et BCI.

Les procédures en l'espèce ont commencé par une requête en *certiorari* visant à faire annuler le décret C.P. 1988-762. Les parties ont convenu de la remplacer par une action visant à faire déclarer le décret nul et inopérant.

Jugement: l'action doit être accueillie.

Remarque: Il est métaphysiquement archaïque de prétendre qu'en raison du fait que les brefs de prérogatives sont délivrés au nom du Souverain, ils ne peuvent être décernés contre un organisme présidé par le régent du Souverain comme le gouverneur en conseil. Le Souverain n'est pas au-dessus de la loi et le Parlement ainsi que le gouvernement du Canada sont soumis à la Constitution.

Il est bien établi que les décrets sont soumis au contrôle judiciaire surtout lorsqu'ils ne se rapportent pas, comme en l'espèce, à des questions de commodité publique ou de politique générale. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thorne's Hardware* établit un précédent quant à la proposition selon laquelle ni le pouvoir conféré au gouverneur en conseil, ni l'exercice particulier de ce pouvoir n'échappent au contrôle judiciaire.

Le principe suivant lequel les décrets pris illégalement ne jouissent d'aucune immunité a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*. Le principe bien établi suivant lequel ni la Souveraine ni la Souveraine en conseil n'est

the law was confirmed recently by the Supreme Court of Canada in the *Operation Dismantle* case.

The powers accorded in subsection 64(1) of the NTPP Act, the exercise of which is considered herein, cannot be described as other than arbitrary, despotic and autocratic. The constitutionality of that subsection, while doubtful, is not at issue here.

Although Estey J., in *Inuit Tapirisat*, characterized the power accorded under subsection 64(1) as "legislative", that power might more precisely be defined as a statutory power for intervention to correct or rescind decisions which do not conform to the government's assertion of policy in such matters. To describe that power as legislative misses the mark set by the Supreme Court in its later judgment in *Thorne's Hardware*, in all instances such as the present one where the power is not wielded "in matters of public convenience and general policy".

Furthermore, the judgment in *Inuit Tapirisat* precedes both the Charter and the revivification of the Bill of Rights in the *Singh* case. In that earlier case, Estey J. was free to lump together as a simply legislative function the intervention, for policy reasons, to correct a decision rendered as between contending parties, and legislating for general public purposes. And he could then also conclude that the *audi alteram partem* rule did not apply to the Governor in Council when intervening in a CRTC decision made *inter partes*. Today, the exercise of the powers found in subsection 64(1) must be interpreted in consonance with the Constitution and the tenor of the law.

The plaintiffs initially relied on section 15 of the Charter. However, since the rights guaranteed therein can only be enjoyed by individuals, NAPO cannot invoke section 15. And the plaintiff, Milner, has made out no case to be treated equally with any similarly situated individual. In ordinary litigation, a court is not obliged to come to the rescue of a litigant whose pleadings are inept or otherwise off the target, but in a constitutional case, it must not allow a private litigant's case to miscarry if that result would contort or contradict constitutional principles or imperatives. In accordance with that principle, counsel were directed to present argument as to the application of *Canadian Bill of Rights*, paragraph 2(e). In 1988, the Governor in Council is obliged, under paragraph 2(e), to respect the basic canon of "natural justice", fundamental justice or just plain ordinary fairness, *audi alteram partem*, before making a determination of the other party's rights and obligations. The Governor in Council, in the absence of emergency or security intelligence exigencies, cannot lawfully do otherwise.

So, although a cynic might ask whether there is any consequence if the Governor in Council does not pay any attention to the responses of interested parties, the law in 1988 not only requires that all parties before the CRTC (other than the petitioner(s) to the Governor in Council) be accorded a reasonable opportunity to respond in writing to the petition, but also that their responses, if any, be considered with as much care and concern as the original petition itself is considered.

au-dessus de la loi a été confirmé dernièrement par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Operation Dismantle*.

Les pouvoirs conférés par le paragraphe 64(1) de la Loi NAMT, dont l'exercice est examiné aux présentes, sont manifestement arbitraires, despotiques et autocratiques. La constitutionnalité de ce paragraphe, bien que douteuse, n'est pas contestée en l'espèce.

Même si le juge Estey, dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, qualifie le pouvoir conféré en vertu du paragraphe 64(1) de «législatif», ce pouvoir pourrait être défini de façon plus exacte comme étant un pouvoir légal d'intervention en vue de modifier ou d'annuler des décisions qui ne seraient pas conformes aux énoncés de principe du gouvernement dans ces domaines. Qualifier ce pouvoir de pouvoir législatif dépasse le cadre fixé par la Cour suprême du Canada dans son arrêt ultérieur *Thorne's Hardware*, dans tous les cas comme en l'espèce où le pouvoir n'est pas exercé relativement à «des questions de commodité publique et de politique générale».

En outre, l'arrêt *Inuit Tapirisat* précède la Charte de même que la réanimation de la Déclaration des droits dans l'arrêt *Singh*. Dans cet arrêt antérieur, le juge Estey était libre de grouper en une simple fonction législative l'intervention pour des motifs de politique en vue de corriger une décision rendue *inter partes* et le fait de légiférer pour le public en général. Il pouvait également conclure que la règle *audi alteram partem* ne s'applique pas au gouverneur en conseil lorsqu'il intervient dans une décision rendue *inter partes* par le CRTC. Aujourd'hui, l'exercice des pouvoirs qu'on retrouve au paragraphe 64(1) doit être interprété en conformité avec la Constitution et la teneur de la loi.

Dès le début, les demandeurs ont invoqué l'article 15 de la Charte. Toutefois, puisque les particuliers sont les seuls à pouvoir jouir des droits qui y sont garantis, l'ONAP ne peut invoquer l'article 15. En outre, le demandeur Milner n'a pas établi qu'il avait le droit d'être traité de façon égale à tout autre individu se trouvant dans la même situation. Dans un litige ordinaire, la Cour n'est pas tenue de venir au secours d'une partie dont les plaidoiries sont inaptes ou en dehors du but visé. Toutefois, dans une affaire de droit constitutionnel, la Cour ne doit pas laisser avorter la cause d'un plaideur privé si cela entraîne une déformation ou une contradiction des principes ou des impératifs constitutionnels. Conformément à ce principe, la Cour a recommandé aux procureurs de présenter des arguments sur l'application de l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. En 1988, le gouverneur en conseil doit, en vertu de l'alinéa 2e), respecter les canons de base de la «justice naturelle», de la justice fondamentale ou tout simplement de l'impartialité, c'est-à-dire la règle *audi alteram partem* qui oblige à entendre l'autre partie avant de déterminer les droits et obligations de celle-ci. En l'absence d'urgence ou d'exigences relatives au renseignement de sécurité, le gouverneur en conseil ne peut légalement agir autrement.

Ainsi, bien qu'une personne cynique puisse demander s'il y a des conséquences au cas où le gouverneur en conseil ne tient pas compte des réponses des parties intéressées, la loi en 1988 exige non seulement que toutes les parties devant le CRTC (autres que le(s) requérant(s) devant le gouverneur en conseil) bénéficient d'une chance raisonnable de répondre par écrit à la requête, mais également que leur réponse, le cas échéant, soit considérée avec autant de soin et d'attention que la requête originale.

The argument that judicial review under the Bill of Rights is somehow anti-majoritarian or undemocratic was to be answered by pointing out that the provisions for judicial review in the Charter and Bill of Rights had been put in place by popularly elected legislators.

Pour répondre à l'argument selon lequel le contrôle judiciaire prévu aux termes de la Déclaration des droits est quelque peu antimajoritaire ou antidémocratique, il n'y a qu'à souligner que les dispositions relatives au contrôle judiciaire dans la Charte et dans la Déclaration des droits ont été introduites par des législateurs élus par le peuple.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canada Corporations Act*, R.S.C. 1970, c. C-32.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III, s. 2(e).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 1, 2, 7 to 15, 33.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 18.
Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 28.
National Telecommunications Powers and Procedures Act, R.S.C. 1970, c. N-17 (as am. by S.C. 1987, c. 34, s. 302), ss. 1, 2, 64(1).
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, ss. 301, 302, 303.
Order Varying Telecom Decision CRTC 88-4, SOR/88-250 (P.C. 1988-762).
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 321.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

- Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; 143 D.L.R. (3d) 577; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; (1986), 27 C.R.R. 286; 34 D.L.R. (4th) 584; 12 C.P.R. (3d) 385; 78 N.R. 30 (C.A.); *R. v. Stoddard* (1987), 59 C.R. (3d) 134 (Ont. C.A.); *Ominayak v. Norcen Energy Resources Ltd.* (1987), 83 A.R. 363 (Q.B.); *Leighton v. Canada*, T-165-85, Muldoon J., judgment dated 18/5/88, F.C.T.D., not yet reported; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 157 (C.A.); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

CONSIDERED:

- Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Padfield v. Minister of*

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 1, 2, 7 à 15, 33.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III, art. 2e).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1).
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.).
Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 28.
Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, S.R.C. 1970, chap. N-17 (mod. par S.C. 1987, chap. 34, art. 302), art. 1, 2, 64(1).
Loi nationale de 1987 sur les transports, S.C. 1987, chap. 34, art. 301, 302, 303.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, art. 2, 18.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, chap. R-2, art. 321.
Loi sur les corporations canadiennes, S.R.C. 1970, chap. C-32.
Ordonnance modifiant la décision Telecom CRTC 88-4, DORS/88-250 (C.P. 1988-762).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autres*, [1983] 1 R.C.S. 106; 143 D.L.R. (3d) 577; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; (1986), 27 C.R.R. 286; 34 D.L.R. (4th) 584; 12 C.P.R. (3d) 385; 78 N.R. 30 (C.A.); *R. v. Stoddard* (1987), 59 C.R. (3d) 134 (C.A. Ont.); *Ominayak v. Norcen Energy Resources Ltd.* (1987), 83 A.R. 363 (B.R.); *Leighton c. Canada*, T-165-85, juge Muldoon, jugement en date du 18-5-88, C.F. 1^{re} inst., encore inédit; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 157 (C.A.); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

- Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Padfield v. Minis-*

Agriculture, Fisheries and Food, [1968] A.C. 997 (H.L.).

REFERRED TO:

Re. Public Utilities Review Commission Act (1986), 52 Sask. R. 53; 26 Admin.L.R. 216 (C.A.); *Jasper Park Chamber of Commerce (The) v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.); *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Ont. H.C.); *FAI Insurances Ltd v Winneke* (1982), 41 ALR 1 (H.C.); *Reade v. Smith*, [1959] N.Z.L.R. 996 (S.C.); *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1987] 3 F.C. 383; 9 F.T.R. 29 (T.D.); *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1987), 37 C.C.C. (3d) 193; 12 F.T.R. 167 (F.C.T.D.).

COUNSEL:

Andrew J. Roman and Glen W. Bell for plaintiffs.
Duff F. Friesen for defendant.
David Wilson for intervenors.

SOLICITORS:

Public Interest Advocacy Centre, Ottawa, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendant.
Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, for intervenors.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MULDOON J.: These proceedings began as an application pursuant to section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, directed against the Governor in Council as respondent, and seeking *certiorari* to quash Order in Council P.C. 1988-762 dated April 22 1988, [*Order Varying Telecom Decision CRTC 88-4*, SOR/88-250]. That decretal purports to vary, pursuant to subsection 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*,¹ Telecom Decision CRTC 88-4 rendered March 17, 1988.

¹ On August 28, 1987, Royal Assent was accorded to the *National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34 which provides:

ter of Agriculture, Fisheries and Food, [1968] A.C. 997 (H.L.).

DÉCISIONS CITÉES:

Re. Public Utilities Review Commission Act (1986), 52 Sask. R. 53; 26 Admin.L.R. 216 (C.A.); *Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.); *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (H.C. Ont.); *FAI Insurances Ltd v Winneke* (1982), 41 ALR 1 (H.C.); *Reade v. Smith*, [1959] N.Z.L.R. 996 (S.C.); *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*, [1987] 3 C.F. 383; 9 F.T.R. 29 (1^{re} inst.); *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) Ltd. et autre c. Procureur général du Canada* (1987), 37 C.C.C. (3d) 193; 12 F.T.R. 167 (C.F. 1^{re} inst.).

AVOCATS:

Andrew J. Roman et Glen W. Bell pour les demandeurs.
Duff F. Friesen pour le défendeur.
David Wilson pour les intervenantes.

PROCUREURS:

Centre pour la promotion de l'intérêt public, Ottawa, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Osler, Hoskin & Harcourt, Ottawa, pour les intervenantes.

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

LE JUGE MULDOON: Les procédures en l'espèce ont commencé par une demande présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, contre l'intimé, le gouverneur en conseil, en vue d'obtenir un bref de *certiorari*, visant à faire annuler le décret C.P. 1988-762 en date du 22 avril 1988 [*Ordonnance modifiant la décision Télécom CRTC 88-4*, DORS/88-250]. Le décret avait pour effet de modifier, conformément au paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*¹, la décision Télécom CRTC 88-4 rendue en date du 17 mars 1988.

¹ Le 28 août 1987, la sanction royale a été donnée à la *Loi nationale de 1987 sur les transports*, S.C. 1987, chap. 34, qui prévoit:

At the commencement of the hearing, counsel for the Governor in Council, who is also Crown counsel, and a member of the Attorney General's staff, raised a preliminary objection. His argument was not illogical but raised and praised some rather archaic black-letter anachronisms about the noble personage of Her Majesty the Queen, her Crown and dignity. Resorting to section 28 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23, Crown counsel urged that because the Governor in Council, admittedly a "federal board, commission or tribunal", acts on behalf of the Sovereign, certain principles of law applicable to the Crown apply also to the Governor in Council. The ancestral paradigm of *certiorari* being a prerogative writ issued by superior courts of record, in the Sovereign's name, so goes the reasoning, it is beyond the power (or at least unseemly) of the Court to issue such an order directed to a federal board, commission or tribunal of which the Sovereign's regent is the head, even if he or she be rarely ever present at cabinet meetings.

Therefore, Crown counsel submitted, since no prerogative writ or other mandatory order pursuant to section 18 of the *Federal Court Act* may be directed against either the Crown, or allegedly against the Governor in Council, "the only available and appropriate manner of securing judicial review is by way of a proceeding brought against the Attorney General of Canada to obtain declaratory relief against the Governor in Council". This may be a metaphysically archaic optic when everyone has for ages known that the Sovereign is not

(Continued from previous page)

National Transportation Act

301. The long title of the *National Transportation Act* is repealed and the following substituted therefor:

"An Act respecting powers and procedures in relation to certain telecommunications matters"

302. Sections 1 and 2 of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

"1. This Act may be cited as the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*."

INTERPRETATION

2. In this Act,

"Commission" means the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission;

"Minister" means the Minister of Communications;

"Secretary" means such officer or employee of the Commission as is designated by the Commission to carry out secretarial duties for the Commission."

303. The heading preceding section 3 and sections 3 to 16 of the said Act are repealed.

Au début de l'audience, le procureur du gouverneur en conseil, qui est également procureur de la Couronne et membre du personnel du procureur général, a fait une objection préliminaire. Son argument n'était pas illogique mais il prônait une vision anachronique et archaïque du noble personnage de Sa Majesté la Reine, sa Couronne et sa dignité. Se basant sur l'article 28 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, le procureur de la Couronne fait valoir que, comme le gouverneur en conseil, de toute évidence un «office, commission ou autre tribunal fédéral», agit au nom de la Souveraine, certains principes de droit applicables à la Couronne s'appliquent également au gouverneur en conseil. Comme le paradigme du *certiorari* est un bref de prérogative décerné par les cours d'archives supérieures, au nom de la Souveraine, il est au-delà du pouvoir de la Cour (ou à tout le moins inconvenant) prétend-on de décerner une telle ordonnance contre un office, commission ou autre tribunal fédéral ayant à sa tête le régent de la Souveraine, même si celui-ci assiste rarement aux réunions du cabinet.

Le procureur de la Couronne prétend, par conséquent, que puisqu'aucun bref de prérogative ou autre ordonnance impérative fondé sur l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut être décerné contre la Couronne ou le gouverneur en conseil, [TRADUCTION] «la seule et unique façon d'obtenir une révision judiciaire est par la voie d'une procédure dirigée contre le procureur général du Canada, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire contre le gouverneur en conseil». Il peut s'agir là d'une vision métaphysique archaïque alors que

(Suite de la page précédente)

Loi nationale sur les transports

301. Le titre intégral de la *Loi nationale sur les transports* est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«Loi concernant les attributions relatives à certaines matières de télécommunications»

302. Les articles 1 et 2 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit:

«1. *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications.*»

DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi. «Conseil» Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes.

«ministre» Le ministre des Communications.

«Secrétaire» Le fonctionnaire ou l'employé du Conseil nommé par celui-ci pour accomplir le travail de secrétaire.»

303. L'intertitre qui précède l'article 3 et les articles 3 à 16 de la même loi sont abrogés.

above the law and since 1982, if not before, the Parliament and government of Canada are subject to the supreme law of Canada—the Constitution. Moreover it is clear that if Her Majesty even knows of these proceedings, she cannot feel personally offended or aggrieved in that her overseas regent nominally in council could be obliged, if so adjudicated, to comply with an order of the Federal Court, which in the case of *certiorari* would mean only that a cabinet decision would, on lawful grounds, be quashed. Those who like Crown counsel pretend otherwise may counter-productively induce some of their fellow citizens to wish for more republican forms of government. Royal government ought not to be regarded and protected as a hothouse plant lest it become one. The common law of the Constitution can hardly be a living tree if constrained by a pathologically musty atavism as the sterile goal of its practitioners and judges.

The applicant's counsel, nevertheless, did not wish the argument to focus on the preliminary objection. After a recess during which all counsel had an opportunity to consult with their respective clients, and with each other, they returned with a form of notice of motion to which all counsel attested the consent of their respective clients. It runs thus:

MOTION BY APPLICANT FOR AN ORDER:

1. amending the style of cause so that the respondent is the Attorney General of Canada;
2. changing the proceeding from an application to an action in which the relief sought is a declaration that Order in Council P.C. 1988-762, 22 April 1988 is null and void, and trying the action today on the basis of the applicant's record, provided that no declaration is to be granted on the basis of a finding that the plaintiff's rights under section 15 of the Charter have been infringed until after the parties have exchanged pleadings and had an opportunity to exercise all of their pre-trial rights and there has been a separate trial of any issue that may be raised under section 1 of the Charter.

Counsel by mutual consent prepared a form of order to implement the above requests, which order was signed and pronounced on May 26, 1988. It accounts for the above displayed style of cause. Moreover, all counsel orally undertook for

tout le monde sait depuis longtemps que le Souverain n'est pas au-dessus de la loi et, depuis 1982, sinon avant, le Parlement et le gouvernement du Canada sont soumis à la loi suprême du Canada, la Constitution. De plus, il est évident que si Sa Majesté a connaissance de ces procédures, elle ne peut se sentir personnellement lésée car son régent en conseil d'outre-mer pourrait, si telle était la décision, être tenu de se plier à une ordonnance de la Cour fédérale, ce qui, en matière de *certiorari* signifierait seulement qu'une décision du cabinet serait annulée pour des raisons légales. Ceux qui, comme le procureur de la Couronne, prétendent le contraire, pourraient induire à tort certains de leurs concitoyens à souhaiter une forme de gouvernement plus républicaine. Le gouvernement royal ne devrait pas être vu et protégé comme une plante de serre, de crainte qu'elle en devienne une. La *common law* de la Constitution ne peut véritablement être un arbre vivant si elle est étouffée par un atavisme pathologiquement vieux jeu, qui serait l'objectif stérile de ses praticiens et juges.

Le procureur du requérant ne souhaitait toutefois pas que l'argumentation soit centrée sur l'objection préliminaire. Après une suspension d'audience au cours de laquelle les procureurs ont pu discuter avec leurs clients respectifs, et entre eux, ils ont déposé une espèce d'avis de requête, au sujet duquel tous les procureurs ont obtenu le consentement de leurs clients respectifs. Il est libellé ainsi:

[TRANSDUCTION] REQUÊTE VISANT À OBTENIR UNE ORDONNANCE:

1. modifiant l'intitulé de la cause, de sorte que l'intimé soit le procureur général du Canada;
2. modifiant la forme des procédures, qui seraient non plus une requête mais une action, par laquelle le redressement sollicité est un jugement déclaratoire portant que le décret C.P. 1988-762, daté du 22 avril 1988, est nul et inopérant, et que le procès est instruit aujourd'hui, sur la base du dossier du requérant, pourvu qu'aucun jugement déclaratoire ne conclue que les droits des demandeurs reconnus par l'article 15 de la Charte ont été enfreints, jusqu'à ce que les parties aient échangé des actes de procédure et aient eu la chance d'exercer tous les droits qui leur sont conférés avant le procès et qu'il y ait eu une audience séparée sur toute question pouvant être soulevée en vertu de l'article 1 de la Charte.

D'un commun accord, les procureurs ont préparé une ordonnance visant à donner suite aux requêtes ci-dessus, laquelle ordonnance a été signée et prononcée le 26 mai 1988. Cela explique l'intitulé de la cause figurant ci-dessus. De plus, tous les procu-

their clients that the somewhat unorthodox metamorphosis of the nature of the proceedings, with their attendant foregoing of pleadings, discoveries and *viva voce* witnesses, to the extent provided, is not to be the subject of any appeal by any of them.

As can be seen this action may endure “until after the parties have exchanged pleadings and had an opportunity to exercise all their pre-trial rights” in regard to the question of whether the plaintiffs’ rights, if any, under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] have been infringed, and any issue which may be raised under section 1 of the Charter, have been tried. In order to obtain a relatively prompt resolution of the other matters in issue on May 25, extended by the volume of the plaintiffs’ counsel’s submissions over to May 26, and then still adjourned over to June 10 to hear from the defendant and the interveners, counsel may well have devised a barely workable new species of procedure, which they have undertaken with their eyes wide open, and about which they cannot now be heard to complain.

The corporate plaintiff, National Anti-Poverty Organization (NAPO), is a charitable organization incorporated in May, 1973, under Part II of the *Canada Corporations Act* [R.S.C. 1970, c. C-32]. It purports to act, and to have intervened in the relevant proceedings before the Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission, (CRTC), on behalf of “low income families”, according to its letters patent, who may or may not, but are assumed to favour its activities. The plaintiff, Arthur Milner, swears that he is an associate member of NAPO, and a Bell telephone subscriber, but he says nothing about whether he personally is a member of “a low income family”. In any event, the CRTC accepted NAPO as an intervener in its proceedings and, indeed, awarded NAPO its costs of so appearing and participating therein. The Public Interest Advocacy Centre provided counsel for NAPO at the CRTC hearings according to the affidavit of Elizabeth MacKenzie.

reurs ont accepté, au nom de leurs clients, de ne pas interjeter appel de la métamorphose bizarre de la nature des procédures, en renonçant aux plaidoiries, aux interrogatoires préalables et aux témoins *viva voce*, dans la mesure prévue.

Comme on peut le constater, cette action risque de durer «jusqu’à ce que les parties aient échangé des actes de procédure et aient eu la chance d’exercer tous les droits qui leur sont conférés avant le procès» quant à la question de savoir si les droits des demandeurs prévus par l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] ont été violés, et jusqu’à ce que toute question pouvant être soulevée en vertu de l’article 1 de la Charte ait été jugée. Afin d’obtenir une solution relativement rapide sur les autres questions en litige en date du 25 mai, reportées au 26 mai à cause du volume des prétentions du procureur des demandeurs et reportées une fois de plus au 10 juin pour entendre le défendeur et les intervenantes, les procureurs peuvent très bien avoir conçu une nouvelle espèce de procédure à peine recevable, qu’ils ont acceptée en toute connaissance de cause et dont ils ne peuvent maintenant se plaindre.

La demanderesse, l’Organisation nationale anti-pauvreté (ONAP), est un organisme de charité constitué en mai 1973, en vertu de la Partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes* [S.R.C. 1970, chap. C-32]. Elle est censée agir et être intervenue dans les procédures en cause devant le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, (CRTC), au nom des «familles à faible revenu», conformément à ses lettres patentes, qui peuvent ou non, mais qui sont supposées approuver ses activités. Le demandeur, Arthur Milner, jure qu’il est un membre associé de l’ONAP et un abonné de Bell, mais il ne dit rien sur la question de savoir s’il est membre d’une «famille à faible revenu». De toute façon, le CRTC a accepté la présence de l’ONAP à titre d’intervenante lors de ses audiences et elle a effectivement payé à l’ONAP ses frais de comparution et de participation. Le Centre pour la promotion de l’intérêt public a agi à titre de conseiller pour l’ONAP lors des audiences du CRTC, selon l’affidavit d’Elizabeth MacKenzie.

Exhibit "A" to her first affidavit sworn May 6, 1988 is a copy of selected excerpts of Telecom Decision CRTC 88-4, being, in bilingual format, pages 1 (the title page) to 5 (including the table of contents and the first paragraph of the introduction) and pages 52 to 59. The decision bears the following headlines:

BELL CANADA—1988 REVENUE REQUIREMENT, RATE REBALANCING AND REVENUE SETTLEMENT ISSUES

BRITISH COLUMBIA TELEPHONE COMPANY—REVISIONS TO TRANSCANADA RATE SCHEDULE AND REVENUE SETTLEMENT ISSUES

The CRTC decision's introductory paragraph runs thus:

On 3 February 1987, the Commission received two applications from Bell Canada (Bell) under Tariff Notices 2269 and 2270. In the letter that accompanied these applications, Bell pointed out that in *Interexchange Competition and Related Issues*, Telecom Decision CRTC 85-19, 29 August 1985 (Decision 85-19), the Commission had indicated its intent to initiate a public review of the issues related to rate rebalancing. In this context, the applications constituted a specific rate proposal for the Commission's consideration.

Here it should be noted that Bell is one of two wholly owned Canadian subsidiaries of one of the two interveners, Bell Canada Enterprises Inc. (BCE), the holding company of the Bell group of companies and enterprises. BCE manages interests in telecommunication services, telecommunications equipment manufacturing, energy, printing and real estate. The other intervener, Bell Canada International Inc. (BCI) is also a wholly owned Canadian subsidiary of BCE. BCI has provided telecommunications consulting services to governments and corporations in some 70 countries over the past 20 years, according to its solicitors' memorandum of fact and law. Bell was the participant in the CRTC proceedings. Its owner BCE, and its sibling subsidiary BCI, were not participants in the hearing before the CRTC, but they were the petitioners who induced the Governor in Council to promulgate Order in Council P.C. 1988-762, and they are the interveners in these present proceedings in this Court. Unlike its parent (or owner) BCE, and its sibling BCI, Bell is subject to the regulatory jurisdiction of the CRTC in respect to various matters, including rates, costs and accounting procedures, because of the type of

La pièce «A» jointe au premier affidavit d'Elizabeth MacKenzie, assermentée le 6 mai 1988, consiste en une copie d'extraits sélectionnés de la décision Télécom CRTC 88-4, qui est bilingue, soit les pages 1 (page titre) à 5 (incluant la table des matières et le premier paragraphe de l'introduction) et les pages 52 à 59. La décision porte le titre suivant:

BELL CANADA—BESOINS EN REVENUS POUR 1988, RÉÉQUILIBRAGE DES TARIFS ET QUESTIONS DE PARTAGE DES REVENUS

COMPAGNIE DE TÉLÉPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE—RÉVISIONS AU BARÈME TARIFAIRE TRANSCANADIEN ET QUESTIONS DE PARTAGE DES REVENUS

Voici le paragraphe introductif de la décision du CRTC:

Le 3 février 1987, le Conseil a reçu deux requêtes de Bell Canada (Bell) en vertu des avis de modification tarifaire 2269 et 2270. Dans la lettre qui accompagnait ces requêtes, Bell a souligné que, dans la décision Télécom CRTC 85-19 du 29 août 1985, intitulée *Concurrence intercirconscription et questions connexes* (la décision 85-19), le Conseil avait indiqué qu'il comptait procéder à un examen public des questions liées au rééquilibrage des tarifs. Dans ce contexte, les requêtes constituaient une proposition précise de rééquilibrage des tarifs pour fins d'étude par le Conseil.

Il faut noter ici que Bell est l'une des deux filiales entièrement canadiennes de l'une des deux intervenantes, Bell Canada Enterprises Inc. (BCE), le holding du groupe de compagnies et d'entreprises Bell. La BCE gère les services de télécommunications, de fabrication d'équipement de télécommunication, d'énergie, d'imprimerie et d'immobilier. L'autre intervenante, Bell Canada International Inc. (BCI) est également une filiale entièrement canadienne de la BCE. Selon l'exposé des faits et du droit préparé par son procureur, la BCI offre des services de consultation en matière de télécommunications à des gouvernements et à des entreprises dans environ 70 pays, depuis les 20 dernières années. Bell était partie aux procédures devant le CRTC. La propriétaire BCE et sa filiale sœur BCI n'étaient pas parties à l'audience devant le CRTC, mais elles étaient les requérantes ayant amené le gouverneur en conseil à prendre le décret C.P. 1988-762, et elles sont les intervenantes en l'espèce devant cette Cour. Contrairement à la société mère (ou propriétaire) BCE et à sa filiale sœur BCI, Bell est soumise au pouvoir de réglementation du CRTC dans différents domaines, notamment les tarifs, les coûts et les procédures

its enterprise, akin to a public utility, which it chooses to pursue for gain.

These regulatory issues arise because only Bell is regulated, providing as it does, services contemplated by the relevant regulatory legislation. In order to fulfill its international contracts, BCI temporarily hires from time to time certain employees of, and transferred from, Bell and other regulated Canadian telecommunications companies. During the time such employees are engaged by BCI, all direct costs such as pay, benefits and incidental expenses are borne exclusively by BCI. In addition pursuant to present arrangements between Bell and BCI, the sibling BCI pays to Bell certain indirect costs of engaging Bell's employees, thus:

(a) a once-only fee of \$1,840 for each employee transferred for more than 30 days;

(b) a once-only fee of \$455 for each employee "repatriated" to Bell;

(c) a once-only fee of \$90 for each extension of leave of absence for any employee seconded to BCI; and

(d) in addition, an annual fee of \$1,000 per employee engaged by BCI, in order to offset possible unknown costs, or unascertained costs which Bell might incur in regard to such employee.

The question before the CRTC was whether Bell was charging BCI enough for the engagement by BCI of Bell's experts to meet the needs of BCI's consultation contracts.

Another vantage from which to view this question is to enquire whether Bell's charges for the loan of its employees are so little as to impose some of the costs thereof on Bell's subscribers. It is apparent from a reading of the excerpts of the CRTC's reasons and orders, CRTC 88-4 above mentioned, CRTC 88-6 a copy of which is exhibit "A" to Elizabeth MacKenzie's supplementary affidavit sworn May 10, 1988, and the partial transcript which is exhibit "K" to that supplementary affidavit, that the CRTC's hearings and examination of the matter of Bell's aforesaid charges for the lending of its employees were lengthy, painstakingly elaborate, careful, profound and fair.

comptables, à cause du genre d'entreprise, qui s'apparente aux services publics, qu'elle a choisie d'exploiter en vue de réaliser un profit.

Ces questions de réglementation sont soulevées parce que seule Bell est réglementée, puisqu'elle offre des services prévus par les règlements pertinents. Afin d'exécuter ses contrats internationaux, la BCI engage, de temps à autre, sur une base temporaire, des employés de Bell et d'autres entreprises réglementées de télécommunications canadiennes. Pendant que ces employés sont au service de la BCI, tous leurs frais directs, tels les salaires, avantages et dépenses accessoires sont assumés exclusivement par la BCI. De plus, conformément aux présentes ententes entre Bell et la BCI, celle-ci verse à Bell certains frais indirects liés à l'embauche des employés de Bell, dont:

a) un montant forfaitaire de 1 840 \$ pour chaque employé muté pour plus de 30 jours;

b) un montant forfaitaire de 455 \$ pour chaque employé «rapatrié» par Bell;

c) un montant forfaitaire de 90 \$ pour chaque prolongation de la durée du congé autorisé pour tout employé prêté à la BCI; et

d) en plus, un versement annuel de 1 000 \$ par employé embauché par la BCI, en vue de couvrir les frais inconnus possibles ou les frais indéterminés que Bell pourraient encourir quant à cet employé.

La question posée au CRTC était de savoir si Bell réclamait à la BCI des frais suffisants lorsque cette dernière embauchait des experts de Bell en vue de satisfaire aux besoins de ses contrats de consultation.

On peut aussi analyser la question en se demandant si les montants réclamés par Bell pour prêter ses employés sont si bas que certains coûts doivent être imposés à ses abonnés. Il ressort de la lecture des extraits des motifs et ordonnances du CRTC, CRTC 88-4 ci-dessus mentionné, CRTC 88-6 dont une copie constitue la pièce «A» jointe à l'affidavit additionnel d'Elizabeth MacKenzie assermentée le 10 mai 1988, et de la transcription partielle qui constitue la pièce «K» jointe à cet affidavit additionnel, que les audiences du CRTC et l'analyse de la question des frais de Bell déjà mentionnés pour le prêt de ses employés ont été longues et soigneusement détaillées, prudentes, profondes et justes.

It is appropriate to examine some few selected passages, at least, from Telecom Decision CRTC 88-4 [hereinafter sometimes: Decision 88-4], which are among those annexed as exhibit "A" to Elizabeth MacKenzie's affidavit sworn May 6, 1988. It is useful to note that the CRTC's Decision 88-4 is a "rate decision concerning Bell Canada made pursuant to section 321 of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, [c.] R-2" as is admitted by the interveners, BCE and BCI, on page 10 of their memorandum of fact and law, filed herein on May 25, 1988.

Here, then, are some few selected passages from Decision 88-4 [at pages 52 to 54]:

V INTERCORPORATE TRANSACTIONS

A. Compensation for Temporarily Transferred Employees

1) Background

In Decision 86-17, the Commission determined that the appropriate compensation for employees temporarily transferred to Bell Canada International Inc. (BCI) was a 25% contribution calculated on an imputed cost comprising the aggregate of the annual salary and the labour related costs of each such employee immediately prior to transfer. It was also determined that these costs should be adjusted, where applicable, for any normal salary increases during the period of transfer, but should not include any salary adjustments attributable solely to an overseas posting.

Bell also stated that, in a letter attached to its Memoranda of Support dated 14 July 1987 and addressed to Mr. A.J. de Grandpré, Chairman of BCE Inc. (BCE), formerly Bell Canada Enterprises Inc., the Minister of Communications had indicated, in effect, that the level of compensation for regulatory purposes should not exceed the audited costs directly and indirectly associated with these transfers.

In a letter to the Commission dated 9 October 1987 and filed as CRTC Exhibit 2, the Minister of Communications stated that the remarks in her letter of 14 July 1987 did not instruct the Commission on how to deal with the transfer of revenues between Bell and BCI. The letter also stated that it was not the Minister's intention to leave the impression that the determination of the value of these transfers should be restricted to the use of accounting costs.

The Court heard much of these letters to and from the Minister during the course of the respective oral presentations of counsel. The importance attached to them by the plaintiffs' counsel will be mentioned later on.

Then, from pages 54 through to 58, the CRTC very carefully summarized the respective positions

Il est opportun d'examiner au moins quelques extraits tirés de la décision Télécom CRTC 88-4 [ci-après parfois appelée décision 88-4], qui font partie des extraits annexés comme pièce «A» jointe à l'affidavit d'Elizabeth MacKenzie, assermentée le 6 mai 1988. Il est utile de noter que la décision 88-4 du CRTC est une «décision tarifaire concernant Bell Canada, rendue conformément à l'article 321 de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, [chap.] R-2», comme l'ont admis les intervenantes BCE et BCI à la page 10 de leur exposé des faits et du droit, déposé en l'espèce le 25 mai 1988.

Voici donc certains extraits tirés de la décision 88-4 [aux pages 52 à 54]:

V TRANSACTIONS INTERCOMPAGNIES

A. Dédommagement pour les employés provisoirement mutés

1) Historique

Dans la décision 86-17, le Conseil a jugé que le dédommagement convenable pour les employés provisoirement mutés à la Bell Canada International Inc. (la BCI) est une contribution de 25 % calculée en fonction d'un coût imputé composé de l'ensemble des frais annuels reliés aux salaires et à la main d'œuvre de chacun de ces employés, immédiatement avant la mutation. Il a aussi été établi que ces frais doivent être rajustés, le cas échéant, de manière à tenir compte de toute majoration normale de salaire au cours de la période de mutation, mais qu'ils ne doivent pas inclure tout rajustement de salaire attribuable uniquement à une affectation outre-mer.

Bell a aussi déclaré que, dans une lettre du 14 juillet 1987 jointe à son Dossier des pièces justificatives et adressée à M. A.J. de Grandpré, président des BCE Inc. (les BCE), jadis les Entreprises Bell Canada Inc., la ministre des Communications a indiqué que, de fait, le niveau de dédommagement aux fins de la réglementation ne doit pas dépasser les frais vérifiés liés directement et indirectement à ces mutations.

Dans une lettre du 9 octobre 1987 adressée au Conseil et déposée comme pièce 2 du CRTC, la ministre des Communications a déclaré que les observations formulées dans sa lettre du 14 juillet 1987 ne donnaient pas d'instructions au Conseil sur la manière de traiter le transfert de revenus entre Bell et la BCI. Dans sa lettre, la ministre a également déclaré qu'elle n'avait pas l'intention de donner l'impression que l'établissement de la valeur de ces transferts devait être restreint à l'utilisation des frais comptables.

La Cour a entendu beaucoup de commentaires au sujet de ces lettres adressées à la ministre ou provenant d'elle, au cours des plaidoiries de chacun des procureurs. Il sera fait état plus loin de l'importance que leur accorde le procureur des demandeurs.

Par la suite, aux pages 54 à 58, le CRTC a scrupuleusement résumé les positions respectives

of the parties before it: Bell, the Canadian Business Telecommunications Alliance (CBTA, representing large business users) and the Consumers' Association of Canada (CAC), and again, Bell in reply. The CRTC also noted that "Ontario, CBTA et al and CAC . . . all expressed the view that the regulatory treatment set out in Decision 86-17 continues to be appropriate" (page 56) whereas "Bell . . . expressed the view that the Commission should not feel constrained by its finding in Decision 86-17, but (page 57) should regard the matter in the light of factors and developments outlined during the proceeding" (page 58).

The CRTC then set out [at pages 58-59] its conclusion on this matter of compensation to Bell for having lent, and for lending, its employees to BCI or any affiliated company.

3) Conclusions

The Commission has not been persuaded that the approach to compensation for temporarily transferred employees prescribed in Decision 86-17 should be changed. Bell has chosen to address the question of whether a cross-subsidy exists solely on the basis of accounting costs. The Commission rejects this view and is of the opinion that accounting costs alone do not capture the full costs involved in temporary employee transfers to BCI. The Commission notes in this regard the Minister's letter, dated 9 October 1987, in which she stated: ". . . it was not my intention to leave the impression that the determination of the value of these transfers should be restricted to the use of accounting costs."

Among the costs not included in the accounting costs are those costs associated with the re-employment guarantees. The Commission finds persuasive CAC's argument that Bell, by virtue of these guarantees, absorbs a large part of the risk that BCI might, at some point, be unable to find sufficient work for its employees.

In Decision 86-17, the Commission noted that the company had been reasonably successful in achieving the traditional 25% contribution in connection with intercorporate transactions. In this regard, the Commission notes that when Bell employees are merely loaned to BCI, rather than being temporarily transferred, BCI compensation to Bell includes a 25% contribution on employee salaries and benefits, and that the approach adopted in Decision 86-17 is consistent with that practice.

In the Commission's view, the question of whether or not a cross-subsidy exists is best determined by reference to the fair market value of the goods or services being supplied. If Bell is supplying goods or services to a non-arm's length company at less than fair market value, it is subsidizing that company. The Commission realizes that fair market value is, in these circumstances, difficult to determine. However, there is nothing on the record of this proceeding to indicate

des parties en présence: Bell, l'Alliance canadienne des télécommunications de l'entreprise (ACTE, représentant les grandes entreprises utilisatrices) et l'Association des consommateurs du Canada (ACC), et encore Bell, en réponse. Le CRTC a aussi noté que «l'Ontario, l'ACTE et autres et l'ACC . . . tous ont exprimé l'avis que le traitement réglementaire exposé dans la décision 86-17 continue d'être approprié» (page 56), alors que «Bell a . . . exprimé l'avis que le Conseil ne doit pas se sentir limité par sa conclusion dans la décision (page 57) 86-17, mais qu'il doit envisager la question à la lumière des facteurs et des développements exposés au cours de l'instance» [page 58].

Le CRTC a ensuite fait part [aux pages 58 et 59] de sa conclusion sur la question du dédommagement dû à Bell pour avoir prêté et pour prêter ses employés à la BCI ou à une compagnie affiliée.

3) Conclusions

Le Conseil n'a pas été persuadé qu'il y a lieu de modifier l'approche au dédommagement des employés provisoirement mutés prescrite dans la décision 86-17. Bell a choisi de se pencher sur la question de savoir s'il existe de l'interfinancement uniquement en fonction des frais comptables. Le Conseil rejette ce point de vue et il estime que les frais comptables seuls ne tiennent pas compte de tous les frais inhérents aux mutations provisoires d'employés à la BCI. À cet égard, le Conseil note la lettre de la Ministre, en date du 9 octobre 1987, dans laquelle elle a déclaré: [TRADUCTION] «. . . je n'avais pas l'intention de donner l'impression que l'établissement de la valeur de ces mutations doit être restreint à l'utilisation des frais comptables.»

Au nombre des frais non inclus dans les frais comptables se trouvent les frais liés aux garanties de réemploi. Le Conseil juge convaincant l'argument de l'ACC voulant que Bell, du fait de ces garanties, absorbe une plus grande partie du risque que la BCI puisse, à un moment donné, être incapable de trouver suffisamment de travail pour ses employés.

Dans la décision 86-17, le Conseil a fait remarquer que la compagnie a raisonnablement réussi à atteindre la majoration traditionnelle de 25 % relativement aux transactions intercompagnies. À cet égard, le Conseil fait remarquer que, lorsque Bell prête simplement des employés à la BCI plutôt que de les muter provisoirement, le dédommagement que la BCI verse à Bell comprend une contribution de 25 % calculée en fonction des salaires et avantages sociaux des employés et que l'approche adoptée dans la décision 86-17 est conforme à cette pratique.

De l'avis du Conseil, la meilleure façon d'établir s'il existe ou non de l'interfinancement est de s'en remettre à la juste valeur marchande des biens ou services fournis. Si Bell fournit des biens ou services à une compagnie avec lien de dépendance à un prix inférieur à la juste valeur marchande, elle interfinance cette compagnie. Le Conseil est conscient que la juste valeur marchande est, dans les circonstances, difficile à établir. Toutefois, rien dans le dossier de la pré-

that the proxy for the fair market value of temporarily transferred employees adopted in Decision 86-17 is not appropriate. In the Commission's view, difficulties BCI may be experiencing in the international marketplace do not provide sufficient justification for a departure from the Commission's policy that Bell subscribers should not be obliged to subsidize the competitive endeavours of Bell affiliates. a

The Commission has adjusted the company's 1988 revenue requirement to reflect its decision regarding the annual compensation for temporarily transferred employees. The Commission estimates that, for regulatory purposes, this will increase the company's 1988 net income after taxes by about \$4 million. b

Telecom Decision CRTC 88-4 was released on March 17, 1988. On March 25, BCE and BCI, neither of which had been a party before the CRTC, filed a petition pursuant to subsection 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, above cited. They requested the Governor in Council to vary Decisions 86-17 and 88-4. That petition was submitted in confidence because it was alleged to contain commercially sensitive information about BCE and BCI. Obviously, no copies of the petition were circulated to or among any of the parties which had opposed Bell before the CRTC. c

After NAPO learned of the existence of the petition, it contacted the General Counsel of BCE and requested a copy of it and its supporting material. Counsel for BCE indicated, however, that a copy of the petition would be made available to officials of NAPO, provided that they would not make it public. NAPO declined the offer, just as it had (with other parties) previously refused to accept that condition of confidentiality sought by Bell on behalf of BCE and BCI toward the concluding sessions of the CRTC's hearing on the matter. d

On this little contretemps the Court agrees with the defendant's counsel. NAPO is whining that because it would not accept the proviso for confidentiality, it never did get to examine the petition. In this regard NAPO has simply to face up to the hardships it must accept in choosing the row it elects to hoe. An imposition of confidentiality for commercially sensitive information is not so foreign to administrative law proceedings as to create shock or complaint. But NAPO has to decide e

sente instance n'indique que la méthode de rechange à la juste valeur marchande des employés provisoirement mutés, n'est pas appropriée. Le Conseil estime que les problèmes qui peuvent se poser pour la BCI sur les marchés internationaux ne justifient pas suffisamment une dérogation à la politique du Conseil qui veut que les abonnés de Bell ne soient pas obligés d'interfinancer les entreprises concurrentielles des affiliées de Bell.

Le Conseil a rajusté les besoins en revenus de la compagnie pour 1988 de manière à tenir compte de sa décision concernant le dédommagement annuel des employés provisoirement mutés. Le Conseil estime qu'aux fins de la réglementation, cette décision accroîtra d'environ quatre millions de dollars les revenus nets après impôts de la compagnie pour 1988. b

La décision Télécom CRTC 88-4 a été publiée le 17 mars 1988. Le 25 mars, la BCE et la BCI, qui n'avaient été ni l'une ni l'autre parties devant le CRTC, ont déposé une requête en vertu du paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* précitée. Ils ont demandé au gouverneur en conseil de modifier les décisions 86-17 et 88-4. Cette requête a été présentée en secret pour le motif qu'elle renfermerait des renseignements commerciaux névralgiques concernant la BCE et la BCI. De toute évidence, aucune copie de la requête n'a été adressée aux autres parties qui s'étaient opposées à Bell devant le CRTC. c

Après avoir eu connaissance de l'existence de la requête, l'ONAP a communiqué avec l'avocat en chef de la BCE et en a demandé une copie de même que les documents à l'appui. Le procureur de BCE a toutefois indiqué qu'une copie de la requête serait remise aux représentants de l'ONAP, à la condition qu'ils ne la rendent pas publique. L'ONAP a refusé l'offre, tout comme elle avait auparavant (avec les autres parties) refusé d'accepter la condition de garder le secret exigée par Bell au nom de la BCE et de la BCI vers la fin des audiences du CRTC sur la question. d

Sur ce léger contretemps, la Cour est d'accord avec le procureur du défendeur. L'ONAP se plaint que, parce qu'elle a refusé la condition de garder le secret, elle n'a jamais pu examiner la requête. À cet égard, elle doit simplement assumer les conséquences inhérentes à la voie qu'elle a choisi de suivre. L'obligation de garder le secret concernant des renseignements commerciaux névralgiques n'est pas étrangère aux procédures en matière de droit administratif au point de créer un choc ou de e

whether it wishes to follow the paths of administrative law proceedings or to follow the paths of politics. It is unlikely to achieve much satisfaction in following both simultaneously, but none can forbid NAPO from such courses. NAPO, clearly by inference, was just itching to publicize the petition's contents and supporting material. The Court is not moved by NAPO's complaint in this regard, assuming that the information about BCE and BCI were indeed sensitive, a matter which might have been determined later, and honourably, too. If NAPO's political role be legitimate, and it is, then so is the caution evinced by a competitive commercial enterprise in regard to its sensitive information. NAPO wilfully blinded itself.

Since it was unable to obtain an unrestricted, public copy of the petition submitted to the Governor in Council by BCE and BCI, NAPO, on April 19, 1988, delivered by hand to the Clerk of the Privy Council a letter (exhibit "B" to Ms. MacKenzie's affidavit sworn May 6, 1988) requesting the Governor in Council not to dispose of the petition until NAPO secured a copy of it and had an adequate opportunity to formulate a reply.

The Governor in Council replied, rather in the manner of Frontenac, by issuing Order in Council P.C. 1988-762 on April 22, 1988. Frontenac could have been excused because of the emergency of his circumstances, but NAPO was accorded no other reply. It was denied any reasonable opportunity to make even wilfully blind submissions. No emergency has been asserted by any party hereto.

The Governor in Council purports to act in lawful invocation of subsection 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act* (NTPP Act). This very text was once subsection 64(1) of the *National Transportation Act*. It runs thus:

64. (1) The Governor in Council may at any time, in his discretion, either upon petition of any party, person or company interested, or of his own motion, and without any petition or application, vary or rescind any order, decision, rule or regulation of the Commission, whether such order or decision is made *inter partes* or otherwise, and whether such regulation is general or limited in its scope and application;

soulever des plaintes. Cependant, l'ONAP doit choisir entre la voie des procédures de droit administratif ou celle de la politique. Elle obtiendra peu de résultat en suivant les deux simultanément, mais personne ne peut l'empêcher de s'engager dans un tel chemin. On peut clairement en déduire que l'ONAP tenait absolument à rendre public le contenu de la requête et des documents à l'appui. La Cour n'est pas touchée par cette plainte, en supposant que les renseignements concernant la BCE et la BCI étaient en fait névralgiques, question qui aurait pu être tranchée après, et de façon honorable. Si le rôle politique de l'ONAP est légitime, ce qui est le cas, alors la prudence pratiquée par une entreprise commerciale compétitive eu égard à ses renseignements névralgiques l'est aussi. L'ONAP s'est volontairement fermé les yeux.

Comme il ne lui a pas été possible d'obtenir, sans condition, une copie publique de la requête présentée au gouverneur en conseil par la BCE et la BCI, l'ONAP a, le 19 avril 1988, livré en mains propres au greffier du Conseil Privé une lettre (pièce «B» jointe à l'affidavit de Mme MacKenzie assermentée le 6 mai 1988) demandant au gouverneur en conseil de ne pas se prononcer sur la requête avant qu'elle ait pu en obtenir une copie et qu'elle ait pu bénéficier d'un délai raisonnable pour formuler une réponse.

Le gouverneur en conseil a répondu, un peu à la façon de Frontenac, en prenant le décret C.P. 1988-762 le 22 avril 1988. On peut excuser Frontenac étant donné l'urgence de la situation, mais l'ONAP n'a reçu aucune autre réponse. On lui a refusé toute chance raisonnable de présenter des observations, même à l'aveuglette. Aucune urgence n'a été démontrée par les parties en l'espèce.

Le gouverneur en conseil prétend avoir agi légalement en invoquant le paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications* (Loi NAMT). Ce texte était autrefois le paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les transports* qui prévoit:

64. (1) Le gouverneur en conseil peut à toute époque, à sa discrétion, soit à la requête d'une partie, personne ou compagnie intéressée, soit de son propre mouvement et sans aucune requête ni demande à cet égard, modifier ou rescinder toute ordonnance, décision, règle ou règlement de la Commission, que cette ordonnance ou décision ait été rendue *inter partes* ou autrement, et que ce règlement ait une portée et une

and any order that the Governor in Council may make with respect thereto is binding upon the Commission and upon all parties.

Since all parties in this present action acknowledged that the Governor in Council, when acting pursuant at least to subsection 64(1) above recited, is a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning of that term's definition in section 2 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, it will be convenient and far from insulting to refer to the Governor in Council by the English pronoun "it". In such manner, the Court and the parties can grammatically accommodate the exigencies of paragraph 18(b) of the *Federal Court Act*.

Here is the answer made by the Governor in Council only three days after it received NAPO's unacknowledged letter. A copy of P.C. 1988-762 is exhibit "C" to Ms. E. MacKenzie's affidavit sworn May 6, 1988.

Whereas the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission rendered Telecom Decision CRTC 86-17 on October 14, 1986, in which it found that an appropriate compensation for Bell Canada employees temporarily transferred to Bell Canada International Inc. would be a twenty-five per cent contribution to be calculated on an imputed cost comprising the aggregate of the annual salary and labour related costs of each such employee, immediately prior to transfer;

Whereas on March 17, 1988, the Commission determined in Telecom Decision CRTC 88-4 that, for regulatory purposes, the compensation for any employee temporarily transferred from either Bell Canada or Tele-Direct (Publications) Inc. to any affiliated company should be as prescribed in Telecom Decision CRTC 86-17;

Whereas on March 25, 1988, BCE Inc. and Bell Canada International Inc. filed a petition pursuant to subsection 64(1) of the National Telecommunications Powers and Procedures Act asking the Governor in Council to vary or rescind that part of Telecom Decision CRTC 86-17, as well as that part of Telecom Decision CRTC 88-4 dealing with the compensation paid by Bell Canada International to Bell Canada for employees temporarily transferred from Bell Canada to Bell Canada International;

And Whereas the Governor in Council has determined that it is in the public interest to vary Telecom Decision CRTC 88-4.

Therefore Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Communications, pursuant to subsection 64(1) of the National Telecommunications Powers and Procedures Act, hereby varies Telecom Decision CRTC 88-4 rendered March 17, 1988, by deleting at pages 58 and 59 the five paragraphs under the

application générales ou restreintes; et tout décret que le gouverneur en conseil prend à cet égard lie la Commission et toutes les parties.

Comme toutes les parties en l'espèce admettent que le gouverneur en conseil, lorsqu'il agit conformément au paragraphe 64(1) précité, constitue un «office, commission ou autre tribunal fédéral» selon la définition de ce terme à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), chap. 10, il sera utile et loin d'être offensant d'utiliser le pronom «il» pour désigner le gouverneur en conseil. De cette façon, la Cour et les parties pourront satisfaire aux exigences grammaticales de l'alinéa 18b) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

Voici la réponse du gouverneur en conseil trois jours seulement après avoir reçu la lettre de l'ONAP, sans en avoir accusé réception. Une copie du C.P. 1988-762 constitue la pièce «C» jointe à l'affidavit de Mme E. MacKenzie, assermentée le 6 mai 1988.

Vu que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a rendu la décision Télécom CRTC 86-17 le 14 octobre 1986, dans laquelle il a jugé qu'un dédommagement convenable pour les employés de Bell Canada temporairement mutés à Bell Canada International Inc. serait une contribution de vingt-cinq pour cent, qui doit être calculée en fonction d'un coût imputé composé de l'ensemble des frais annuels reliés aux salaires et à la main-d'œuvre de chacun de ces employés, avant la mutation;

Vu que, le 17 mars 1988, le Conseil a jugé dans la décision Télécom CRTC 88-4 qu'aux fins de la réglementation le dédommagement pour tout employé provisoirement muté de Bell ou de Télé-Direct (Publications) Inc. à toute compagnie affiliée doit être celui qui est prescrit dans la décision CRTC Télécom 86-17;

Vu que, le 25 mars 1988, BCE Inc. et Bell Canada International Inc. ont présenté une requête en vertu du paragraphe 64(1) de la Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, afin d'obtenir que le gouverneur en conseil modifie ou rescinde cette partie de la décision Télécom CRTC 86-17 ainsi que la partie de la décision Télécom CRTC 88-4 en ce qui concerne le dédommagement payé par Bell Canada International Inc. à Bell Canada pour les employés temporairement mutés à Bell Canada International Inc.;

Vu que le gouverneur en conseil juge qu'il est dans l'intérêt public de modifier la décision Télécom CRTC 88-4,

À ces causes, sur avis conforme du ministre des Communications et en vertu du paragraphe 64(1) de la Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications, Son Excellence le Gouverneur général en conseil modifie la décision Télécom CRTC 88-4 du 17 mars 1988 en supprimant

heading "3) Conclusions" and substituting therefor the following:

"The costs associated with the temporary transfer of employees consist solely of the accounting costs, being the costs of selecting and reintegrating Bell Canada employees, extending their leave of absence and other administrative costs directly associated with their transfer, and the costs associated with the re-employment guarantees. Therefore, for regulatory purposes, the compensation for any employee temporarily transferred from either Bell Canada or Tele-Direct to any affiliated company shall be as follows:

- (a) for each employee transferred for periods exceeding 30 days, a one time fee of \$1,840;
- (b) for each employee repatriated, a one time fee of \$455;
- (c) for each extension of a leave of absence for an employee, a one time fee of \$90;
- (d) an annual fee of \$1,000 for each employee temporarily transferred; and
- (e) in addition to the amounts specified in paragraphs (a) to (d), an annual fee to be determined by the Commission, which fee is to be equivalent to the cost associated with providing a guarantee of re-employment.

In order for the Commission to determine the amount identified in (e), Bell Canada is required to file with the Commission, by June 15, 1988, its audited costs associated with the re-employment guarantees, and all relevant information and documentation that would be useful to the Commission in making its determination."

Certified to be a true copy—Copie certifiée conforme
"P. Tellier"

Clerk of the Privy Council—Le greffier du Conseil Privé

And so, despite the Minister's earlier assurance on October 9, 1987 to the CRTC's Chairman that "it was not my intention to leave the impression [in even earlier correspondence with the Chairman & C.E.O. of BCE] that the determination of the value of these transfers [of Bell's employees] should be restricted to the use of accounting costs" [exhibit "J" to Ms. MacKenzie's affidavit sworn May 10, 1988], the Order in Council really comes down to a restriction to the use of "audited costs associated with the re-employment guarantees". Of course, the Minister and the Governor in Council are not bound in law by the Minister's previous letters to soothe the apprehensions of the interveners' executives about Decision 86-17 prior to the CRTC hearing which ultimately produced Decision 88-4. Those executives enjoyed perfect liberty to approach, and engage in correspondence with, the Minister, as did CAC, NAPO and CBTA et al. The whole correspondence is copied as exhibits

aux pages 58 et 59 les cinq paragraphes qui se trouvent sous le titre «3) Conclusions» et en les remplaçant par ce qui suit:

«Les frais liés à la mutation provisoire d'employés consistent uniquement en des frais comptables, soit les frais de sélection et de réintégration des employés de Bell Canada, les frais de prolongation de leur congé et tous les autres frais administratifs directement liés à leur mutation, ainsi que les frais liés aux garanties de réemploi. Par conséquent, le Conseil juge qu'aux fins de la réglementation le dédommagement pour tout employé provisoirement muté de Bell Canada ou de Télé-Direct à toute compagnie affiliée doit être comme suit:

- a) pour chaque employé muté pour des périodes de plus de 30 jours, un montant forfaitaire de 1 840 \$;
- b) pour chaque employé rapatrié, un montant forfaitaire de 455 \$;
- c) pour chaque prolongation de la durée de tout congé autorisé à un employé muté, un montant forfaitaire de 90 \$;
- d) un montant annuel de 1 000 \$ par employé muté provisoirement;
- e) en plus des montants spécifiés aux alinéas a) à d), un montant annuel qui sera déterminé par le Conseil et qui représente les frais liés aux garanties de réemploi.

Afin que le Conseil puisse déterminer le montant spécifié à l'alinéa e), Bell Canada doit déposer devant celui-ci, au plus tard le 15 juin 1988, ses frais vérifiés liés aux garanties de réemploi et toute information et documentation pertinentes qui seraient utiles au Conseil pour qu'il arrive à sa conclusion.»

Certified to be a true copy — Copie certifiée conforme
"P. Tellier"

Clerk of the Privy Council — Le greffier du Conseil Privé

Ainsi donc, malgré la promesse antérieure de la ministre au président du CRTC en date du 9 octobre 1987, selon laquelle [TRADUCTION] «je n'avais pas l'intention de donner l'impression [même lors de la correspondance antérieure avec le président et le PDG de la BCE] que l'établissement de la valeur de ces mutations doit être restreint à l'utilisation des frais comptables» [pièce «J» jointe à l'affidavit de Mme MacKenzie assermentée le 10 mai 1988], le décret n'est en réalité qu'une restriction de l'utilisation des «frais vérifiés et des garanties de réemploi». Évidemment, la ministre et le gouverneur en conseil ne sont pas liés en droit par les lettres antérieures de la ministre, qui visaient à apaiser les appréhensions des dirigeants des intervenantes quant à la décision 86-17, avant l'audience du CRTC ayant donné lieu ultimement à la décision 88-4. Ces dirigeants jouissaient de toute liberté pour communiquer avec la ministre et échanger de la correspondance avec

“C”, “D”, “E”, “F”, “G”, “H” and “J” to the supplementary affidavit sworn May 10, 1988.

Now, it should also be noted that on April 22, 1988, the same date as that of P.C. 1988-762, the Information Services of the Minister's department, called Communications Canada, issued a communiqué on the very subject of the variation of CRTC Decision 88-4. This news release (exhibit “D” to the affidavit of Ms. MacKenzie, sworn May 6) is too long, to recite in full here, running as it does to 2¼ full pages. A reasonable sampling of its passages, including the one which is impugned by the plaintiffs is warranted. The plaintiffs do not mean to be facetious when they characterize the communiqué as the “reasons for decision” of the Governor in Council.

NEWS RELEASE COMMUNIQUÉ

APRIL 22, 1988

FOR IMMEDIATE RELEASE

Governor in Council varies CRTC decision regarding Bell Canada

OTTAWA—The Governor in Council has varied CRTC Decision 88-4 to ensure that Bell Canada International (BCI) is not unfairly placed at a disadvantage in the highly competitive international telecommunications market because of an arbitrary financial calculation. The variance includes measures to protect the interests of Bell Canada subscribers and prevent any cross-subsidy between Bell and BCI.

At issue is the level of fees paid by BCI to Bell Canada when Bell employees are temporarily transferred to BCI to work on international consulting contracts. BCI, a subsidiary of Bell Canada Enterprises, is not regulated by the CRTC. It is a wholly-owned Canadian company that has provided telecommunications consulting services to governments and telecommunications companies in some 70 countries over the past 20 years. The hundreds of Canadians employed by BCI have helped establish Canada's reputation as a world leader in the provision of high-technology goods and services. BCI's consulting contracts also have led to significant sales of Canadian-made products ranging from wire and sophisticated switching equipment to automobiles.

In the absence of detailed financial analysis of these indirect costs by Bell Canada, the CRTC concluded, based on the evidence before them, that an appropriate contribution would be a 25 per cent surcharge on the annual salary and labor-related costs of each employee. In its decision 88-4 of March 17, 1988, the Commission set the compensation to be paid to Bell or its regulated affiliate, Tele-Direct, for

cette dernière, comme l'ont fait l'ACC, l'ONAP et l'ACTE et autres. Des copies de toute cette correspondance constituent les pièces «C», «D», «E», «F», «G», «H» et «J» jointes à l'affidavit additionnel assermenté le 10 mai 1988.

Il faut également noter qu'en date du 22 avril 1988, à la même date que le C.P. 1988-762, la Direction de l'information du ministère de la ministre, appelé Communications Canada, a publié un communiqué concernant précisément la modification de la décision CRTC 88-4. Ce communiqué (pièce «D» de l'affidavit de Mme MacKenzie assermentée le 6 mai) est trop long pour être ré cité en entier, puisqu'il comporte deux pages et quart complètes. Il y a lieu de citer certains de ses passages, y compris celui qui est attaqué par les demandeurs. Les demandeurs ne veulent pas blâmer lorsqu'ils qualifient le communiqué de «motifs de la décision» du gouverneur en conseil.

NEWS RELEASE COMMUNIQUÉ

LE 22 AVRIL 1988

DIFFUSION IMMÉDIATE

Le gouverneur en conseil modifie une décision du CRTC concernant Bell Canada

OTTAWA—Le gouverneur en conseil a modifié la décision CRTC 88-4 pour éviter que la société Bell Canada International (BCI) ne soit désavantagée sur le marché mondial et hautement concurrentiel des télécommunications en raison d'un calcul financier arbitraire. La modification comprend des mesures visant à protéger les intérêts des abonnés de Bell Canada et à prévenir tout interfacement entre la société Bell Canada et la BCI.

Le différend portait sur le niveau des frais administratifs que la BCI doit verser à Bell Canada lorsque des employés de Bell sont temporairement affectés aux marchés de services d'expert-conseil de la BCI à l'étranger. Cette dernière, qui est une filiale des Entreprises Bell Canada, n'est pas assujettie à l'autorité du CRTC. Société canadienne à part entière, elle fournit depuis vingt ans des services d'expert-conseil en matière de télécommunications dans plus de 70 pays. Les centaines de Canadiens qui ont travaillé pour la BCI ont contribué à établir la réputation de chef de file mondial du Canada en matière de biens et services de haute technologie. Les marchés de services d'expert-conseil de la BCI ont également entraîné d'importantes ventes de produits de fabrication canadienne, allant du simple câble au matériel de commutation perfectionné et aux automobiles.

Comme il ne disposait pas d'une analyse financière détaillée de ces frais indirects, le CRTC a conclu, en se fondant sur les preuves qui lui ont été présentées, que le juste montant de la contribution compensatoire correspondait à 25 p. 100 du salaire annuel et des frais connexes pour chaque employé. Dans sa décision 88-4 du 17 mars 1988, le Conseil a donc fixé à 25 p. 100 la compensation à verser à Bell ou à son

temporary transfer of employees at the 25 per cent level. On March 25, 1988, a petition was submitted to the Governor in Council by Bell Canada Enterprises and Bell Canada International requesting that the level be lowered.

In response to this petition, the Government has reviewed the evidence presented before the CRTC. The fundamental principle underlying this review has been the Government's commitment that Bell Canada subscribers should not be required to cross-subsidize the operations of its unregulated affiliate. The Government has also been guided by its recognition of the important economic contribution made to all regions of the country as a result of the international sale of Canadian telecommunications goods and services.

As a result of this review, the Government has concluded that the compensation levels proposed by the CRTC are arbitrary and appear to be excessive and potentially damaging to Canada's interests internationally. The Government has been unable to identify any other jurisdiction where surcharges of such a magnitude are applied to the transfer of employees in similar circumstances, between regulated telecommunications companies and their unregulated affiliates. The Government also notes that levels of compensation paid by BCI to Bell Canada are the same as those paid by BCI to other regulated Canadian telecommunications companies when their employees are temporarily assigned to work on BCI projects. In view of these factors, the Government is of the view that the level set by the CRTC would subject BCI to unequal treatment in relation to its Canadian competitors and place it at a severe disadvantage in relation to its major international competitors.

In addition, the Government is of the view that the one indirect cost suggested by the intervenors that requires specific compensation is the re-employment guarantee offered to Bell Canada employees when they transfer to BCI and has varied the decision so that Bell Canada will be re-imbursed for this cost. Since no evidence has been presented before the CRTC to quantify this cost the Governor in Council requires that Bell Canada file with the Commission, by June 15, 1988, its audited costs associated with the re-employment guarantees and all relevant information and documentation which would be useful to the Commission in making its own determination.

The communiqué was issued either simultaneously with, or right after, the promulgation of the order in council. It was not issued by the Governor in Council, but emanated from the "Press Secretary, Minister's Office, Ottawa ..." (page 3), apparently through "Information Services" also in Ottawa, and it bears the Government logo for the Department of Communications. Being a news release meant to inform the public and thereby to promote favourable opinion of the intervention by the Governor in Council, it is not shown to be anything like a "regulatory impact statement"

affiliée réglementée par le CRTC, la Télé-Direct, pour la mutation temporaire d'employés. Le 25 mars 1988, les Entreprises Bell Canada et la BCI ont présenté une requête au gouverneur en conseil pour demander que le niveau de la compensation soit abaissé.

En réponse à la requête, le gouvernement a examiné les preuves présentées au CRTC. Le principe fondamental qui sous-tend cet examen est l'engagement du gouvernement à veiller à ce que les abonnés de Bell Canada ne soient pas forcés d'interfinancer les opérations des filiales non réglementées de la société. Le gouvernement reconnaît également l'importance des retombées économiques qu'entraîne dans toutes les régions du pays la vente de biens et services de télécommunications canadiens à l'étranger.

À la suite de cet examen, le gouvernement a conclu que les niveaux de compensation proposés par le CRTC étaient arbitraires, qu'ils semblaient exagérés et pouvaient même porter préjudice aux intérêts du Canada à l'étranger. Le gouvernement n'a pas pu relever d'autres instances où des montants compensatoires d'une telle ampleur étaient imposés à la mutation d'employés entre des entreprises de télécommunications et leurs filiales non réglementées dans des circonstances semblables. Le gouvernement a aussi remarqué que les niveaux de compensation accordés par la BCI à Bell Canada étaient du même ordre que ceux payés par la BCI à d'autres entreprises de télécommunications canadiennes réglementées lorsque des employés de ces dernières étaient temporairement affectés à l'emploi de la BCI. Par conséquent, le gouvernement est d'avis que le niveau fixé par le CRTC impose à la BCI un traitement différent de celui qui est fait à ses concurrents canadiens et constitue un handicap par rapport à ses principaux concurrents étrangers.

De plus, le gouvernement est d'avis que le seul coût indirect suggéré par des intervenants qu'il conviendrait de rembourser à Bell Canada est celui relié à la promesse de réemploi qu'elle fait aux employés mutés à la BCI. Le gouvernement a donc modifié la décision en conséquence. Comme aucune information permettant d'établir la valeur de ce service n'a été présentée au CRTC, le gouverneur en conseil demande à Bell Canada de déposer devant le Conseil, d'ici au 15 juin 1988, un devis estimatif vérifié des coûts liés aux promesses de réemploi, ainsi que toute l'information et la documentation dont le Conseil pourrait avoir besoin pour effectuer ses propres calculs.

Le communiqué a été publié soit en même temps, soit tout de suite après la promulgation du décret. Il n'émanait pas du gouverneur en conseil mais de l'«attachée de presse, Cabinet de la Ministre, Ottawa ...» (page 3), apparemment par l'intermédiaire de «la Direction générale de l'information» également à Ottawa, et il portait le logo du ministère des Communications. Comme il s'agissait d'un communiqué, destiné à renseigner le public et donc, à lui présenter une image favorable de l'intervention du gouverneur en conseil, il n'a pas été démontré qu'il s'agissait d'une «déclaration

which is formulated before any order in council is composed or promulgated, and which operates for and as the factual basis upon which an order in council is made.

Thus, whereas it may, by strong inference, be shown that the Governor in Council could have been misled and misinformed by a prior regulatory impact statement in formulating an order in council, the same notion does not operate for a news release possibly composed by a Minister's press secretary. The plaintiffs' counsel urged the Court, without contradiction by opposing counsel, to adopt a worldly attitude and evince inherent understanding of how these matters really work. By that standard, one would not place much reliance on such a news release, for knowledgeable persons understand that in the releases of the federal and provincial governments of no matter which partisan stripe there is a goodly element of puffery for political advantage. Indeed, if by serendipitous coincidence additional good effects of an order in council can be perceived beyond the limits imposed by the fundamental statute, why should any Minister's press secretary worth his or her salt not fold them into the resulting communiqué? There is, in that news release, no evidence even by inference that when it passed the Order in Council P.C. 1988-762, the Governor in Council was even aware of the contents of the news release, and there is certainly no inference that it was misinformed or misled by that news release, which may be considered as having been formulated after the event.

There is much jurisprudence holding that an order in council or a Minister's direction which purports to override a board's or commission's mandatory duties (*Re. Public Utilities Review Commission Act* (1986), 52 Sask. R. 53; 26 Admin.L.R. 216 (C.A.)), or which purports to deal with a different type or kind of order or to do something extraneous to or different from the scope of the Commission's decision (*Jasper Park Chamber of Commerce (The) v. Governor General in Council*, [1983] 2 F.C. 98 (C.A.), at page 115; *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (Ont. H.C.), at page 176), is voidable by curial declaration and of no effect. There is jurisprudence to the same effect in sibling countries of the same parliamentary and

ayant l'effet d'un règlement», qui serait formulée avant la rédaction ou la promulgation d'un décret et qui serait en fait la base dudit décret.

^a On pourrait certes démontrer, par inférence, que le gouverneur en conseil a pu être trompé et mal informé lors de la rédaction du décret, par une déclaration ayant l'effet d'un règlement, mais il ne ^b peut en être ainsi d'un communiqué qui a pu être rédigé par l'attaché de presse d'un ministre. Le procureur des demandeurs exhorte la Cour, sans objection de la part des procureurs adverses, à adopter une attitude terre à terre et à comprendre ^c la façon dont ces choses fonctionnent réellement. Suivant ce critère, on ne se fierait pas trop à ces communiqués, puisque les personnes averties comprennent que, dans les communiqués du gouvernement fédéral ou des provinces, peu importe leur ^d allégeance, il y a une bonne dose d'opportunisme politique. En effet, si par une coïncidence heureuse, des conséquences favorables d'un décret peuvent être décelées au-delà des limites imposées par la loi cadre, pourquoi l'attachée de presse d'un ^e ministre un tant soit peu compétente ne les intégrerait-elle pas dans un communiqué? Il n'y a, dans le communiqué, aucune preuve, même par ^f présomption, que lorsqu'il a pris le décret C.P. 1988-762, le gouverneur en conseil connaissait même le contenu du communiqué, et il n'y a certainement aucune présomption qu'il a été mal ^g informé ou trompé par ledit communiqué, que l'on peut considérer comme ayant été rédigé après l'événement.

^h Il existe une volumineuse jurisprudence selon laquelle un décret ou une directive du ministre qui vise à passer outre aux fonctions impératives d'un office ou d'une commission (*Re. Public Utilities Review Commission Act* (1986), 52 Sask. R. 53; 26 Admin.L.R. 216 (C.A.)), ou qui vise à examiner un type différent d'ordonnance ou à faire quelque chose au-delà ou différent de la portée de la décision de la Commission (*Chambre de commerce de Jasper Park c. Gouverneur général en conseil*, [1983] 2 C.F. 98 (C.A.), à la page 115; *Re Doctors Hospital and Minister of Health et al.* (1976), 12 O.R. (2d) 164 (H.C. Ont.), à la page ^j 176), est annulable par voie de jugement déclaratoire et inopérant. Il existe de la jurisprudence au même effet dans des pays ayant le même système

common law traditions in their public law as Canada, even though they have not the same constitutional imperatives or rights for everyone as those expressed in Canada. Those jurisprudential authorities are *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) from England, and *FAI Insurances Ltd v Winneke* (1982), 41 ALR 1 (H.C.) from Australia. In the latter case, Gibbs C.J. cites to the like effect *Reade v. Smith*, [1959] N.Z.L.R. 996 (S.C.) from New Zealand.

In a slightly different context, where the Governor in Council makes regulations of wide, if not general, import where there is no *lis* or direct intervention in the decision of any adjudicatory board, tribunal or commission or other statutory power wielder, the Supreme Court of Canada in *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106; 143 D.L.R. (3d) 577, *per* Dickson J., the present chief Justice of Canada, writing for the unanimous Court, teaches [at pages 111 S.C.R.; 581 D.L.R.]:

Decisions made by the Governor in Council in matters of public convenience and general policy are final and not reviewable in legal proceedings. Although, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action. This is not such a case. [Emphasis not in original text.]

Remarkably, counsel for the plaintiffs and counsel for the interveners both cited the foregoing passage in argument on behalf of their respective clients.

Analytically viewed, the decision made here by the Governor General in Council pursuant to subsection 64(1) of the NTPP Act is not in a matter of public convenience or general policy. The intervention of the Governor in Council here operates in a matter of private convenience for and on behalf of two unregulated corporations BCE and BCI, the interveners in the case at bar. It does not operate in a matter of general policy, but rather the particular policy enunciated in the Minister's letters and in P.C. 1988-762 itself, of requiring the CRTC to base Bell's compensation on the audited statements—to take an accountant's approach to previously spent dollars and cents and not an actuary's approach to incidence of forecastable risk. Thus, on the authority of the *Thorne's Hard-*

parlementaire et des traditions de *common law* dans leur droit public comme au Canada, même s'ils n'ont pas les mêmes exigences ou droits constitutionnels pour tous, comme ceux que l'on trouve au Canada. Il s'agit des arrêts *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.) d'Angleterre et *FAI Insurances Ltd v Winneke* (1982), 41 ALR 1 (H.C.) d'Australie. Dans cette dernière cause, le juge en chef Gibbs cite dans le même sens l'arrêt *Reade v. Smith*, [1959] N.Z.L.R. 996 (S.C.) de Nouvelle-Zélande.

Dans un contexte quelque peu différent, où le gouverneur en conseil prend des règlements qui ont une portée étendue, sinon générale, sans qu'il y ait litige ou intervention directe dans la décision d'un quelconque office, tribunal, commission ou autre organisme exerçant des pouvoirs légaux, l'actuel juge en chef Dickson, rendant un jugement unanime de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; 143 D.L.R. (3d) 577, écrivait [aux pages 111 R.C.S.; 581 D.L.R.]:

Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. Tel n'est pas le cas ici. [Non souligné dans le texte original.]

Curieusement, le procureur des demandeurs et celui des intervenantes ont tous deux cité le passage ci-dessus, à l'appui des prétentions de leurs clients respectifs.

Lorsqu'on l'analyse, la décision rendue en l'espèce par le gouverneur en conseil, en vertu du paragraphe 64(1) de la Loi NAMT n'est pas une question de commodité publique ou de politique générale. Le gouverneur en conseil intervient pour une question de commodité privée et au nom des deux compagnies non réglementées, BCE et BCI, les intervenantes en l'espèce. Il s'agit non pas d'une question de politique générale mais plutôt d'une politique particulière énoncée dans les lettres de la ministre et le C.P. 1988-762 lui-même, demandant que le CRTC fonde le dédommagement de Bell sur les états financiers vérifiés, qu'il adopte une approche comptable eu égard aux dollars et cents déjà dépensés et non une approche actuarielle des risques prévisibles. Il ressort par conséquent du juge-

ware judgment, both the power vested in the Governor in Council, and the particular exercise of that power, are not beyond judicial review.

The declaration of that principle of no immunity for orders in council when and if made unlawfully was enunciated by the Supreme Court in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, at page 748. Confirmation of the firmly long-standing principle that neither the Sovereign nor the Sovereign in Council, including the Sovereign's Canadian regent, is above the law, was expressed in latter years by the Supreme Court once again in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 455.

In order to make a fair review of the particular exercise of the powers accorded pursuant to subsection 64(1) of the *National Telecommunications Powers and Procedures Act*, one must examine and consider it with care. Except for the admittedly confining existence of an "order, decision, rule or regulation of the Commission" which is analogous to jurisdiction as is a spark of ignition, there is almost no confinement to the conflagration of powers vested by Parliament in the Governor in Council. That body may thereon at any time, either upon petition of any party, person or company interested, or of its own motion, and without any petition or application, simply do what it will to or about any CRTC decision such as Telecom Decision 88-4, even though rendered *inter partes*; and whatever the cabinet does about or to such regulation, its order is binding upon the CRTC and all parties. It is difficult to describe those powers in adjectives other than arbitrary, despotic and autocratic.

The question of whether, in times of no emergency, it is constitutionally legitimate for the Parliament of Canada to accord by ordinary legislation to the Governor in Council albeit narrowly confined but otherwise absolute powers of unlimited duration, especially when there is no legislative attempt to invoke section 33 of the Charter or section 2 of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III], is a question which must be left to another day. The plaintiffs' counsel in open

ment rendu dans l'arrêt *Thorne's Hardware* que ni le pouvoir conféré au gouverneur en conseil ni l'exercice particulier de ce pouvoir, n'échappent au contrôle judiciaire.

^a Le principe suivant lequel les décrets pris illégalement ne jouissent d'aucune immunité a été énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, à la page 748. Le principe bien établi suivant lequel ni la Souveraine ni la Souveraine en conseil, y compris le régent canadien de la Souveraine, n'est au-dessus de la loi a été confirmé, quelques années plus tard, par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la page 455.

^d Afin de bien analyser l'exercice particulier des pouvoirs conférés par le paragraphe 64(1) de la *Loi nationale sur les attributions en matière de télécommunications*, il faut examiner ce paragraphe avec soin. Sauf pour ce qui est de reconnaître l'existence restreinte d'une «ordonnance, décision, règle ou règlement de la Commission» qui est analogue à la compétence comme une étincelle d'allumage, il n'y a presque aucune limite à l'étendue des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par le Parlement. Cet organisme peut, dès lors, à toute époque, soit à la requête d'une partie, personne ou compagnie intéressée, soit de son propre mouvement et sans aucune requête ni demande, simplement faire ce qu'il veut de toute décision rendue par le CRTC comme la décision Télécom 88-4, même si elle a été rendue *inter partes*; et peu importe ce que le cabinet fera d'un tel règlement, tout décret lie le CRTC et toutes les parties. Il est difficile de décrire ces pouvoirs avec des qualificatifs autres qu'arbitraires, despotiques et autocratiques.

ⁱ La question de savoir si, en temps de paix, la constitution autorise le Parlement canadien à conférer au gouverneur en conseil, par voie de législation ordinaire, des pouvoirs qui, tout en étant restreints, sont absolus et d'une durée illimitée, surtout lorsqu'il n'y a aucune tentative législative d'invoquer l'article 33 de la Charte ou l'article 2 de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III], est une question qui devra être tranchée plus tard. Lors de l'audience, le

court eschewed and foreswore in these proceedings any attack on the *vires* of Parliament to enact subsection 64(1) of the NTPP Act. The attack is upon the manner in which the Governor in Council exercised those powers.

What manner of powers is accorded? In the *Inuit Tapirisat* judgment, Estey J. characterized the powers as legislative. He made several references of that nature in [1980] 2 S.C.R. thus:

[at pages 752 to 754]

The Commission is empowered by s. 321 of the *Railway Act*, *supra*, and the section of the *CRTC Act* already noted to approve all charges for the use of telephones of Bell Canada. In so doing the Commission determines whether the proposed tariff of tolls is just and reasonable and whether they are discriminatory. Thus the statute delegates to the CRTC the function of approving telephone service tolls with a directive as to the standards to be applied. There is thereafter a secondary delegation of the rate-fixing function by Parliament to the Governor in Council but this function only comes into play after the Commission has approved a tariff of tolls; and on the fulfillment of that condition precedent, the power arises in the Governor in Council to establish rates for telephone service by the variation of the order, decision, rule or regulation of the CRTC. While the CRTC must operate within a certain framework when rendering its decisions, Parliament has in s. 64(1) not burdened the executive branch with any standards or guidelines in the exercise of its rate review function. Neither were procedural standards imposed or even implied . . . The executive branch cannot be deprived of the right to resort to its staff, to departmental personnel concerned with the subject matter, and above all to the comments and advice of ministerial members of the Council who are by virtue of their office concerned with the policy issues arising by reason of the petition whether those policies be economic, political, commercial or of some other nature. Parliament might otherwise ordain, but in s. 64 no such limitation had been imposed on the Governor in Council in the adoption of the procedures for the hearing of petitions under subs. (1).

This conclusion is made all the more obvious by the added right in s. 64(1) that the Governor in Council may "of his motion" vary or rescind any rule or order of the Commission. This is legislative action in its purest form where the subject matter is the fixing of rates for a public utility such as a telephone system.

[at pages 758 to 760]

The Governor in Council under s. 64(1) is entitled to vary decisions on telephone tariffs already made by another body, but this difference does not strike me as material. Nor does the fact that a citizen may invoke the review procedure of s. 64(1) via petition, while no comparable right existed under the English act, constitute a valid ground of distinction. There is only one review procedure under s. 64(1) though it may be triggered in two ways, *i.e.*, by petition or by the Governor in Council's own motion. It is clear that the orders in question in *Bates* and the case at bar were legislative in

procureur des demandeurs s'est abstenu d'attaquer le pouvoir du Parlement d'adopter le paragraphe 64(1) de la Loi NAMT. La contestation porte sur la façon dont le gouverneur en conseil a exercé ces pouvoirs.

Quel genre de pouvoirs est conféré? Dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, le juge Estey qualifie ces pouvoirs de législatifs. Il a fait plusieurs remarques de cette nature dans [1980] 2 R.C.S. que voici:

[aux pages 752 à 754]

L'article 321 de la *Loi sur les chemins de fer*, précitée, et l'article déjà noté de la *Loi sur le CRTC* autorisent le Conseil à approuver tous les droits exigés pour l'usage des téléphones de Bell Canada. Ce faisant, le Conseil décide si le tarif de taxes proposé est juste et raisonnable et s'il est discriminatoire. La loi délègue donc au CRTC la fonction d'approuver les taxes pour le service de téléphone, assortie d'une directive sur les critères applicables. Le législateur délègue ensuite au gouverneur en conseil la fonction de fixer les tarifs, mais cette délégation secondaire joue seulement après que le Conseil a approuvé un tarif de taxes; une fois cette condition préalable remplie, le gouverneur en conseil peut exercer son pouvoir de fixer les tarifs pour le service de téléphone en modifiant l'ordonnance, la décision, la règle ou le règlement du CRTC. Alors que le CRTC doit prendre ses décisions dans un certain cadre, le par. 64(1) n'impose pas à l'Exécutif de normes ou de règles applicables à l'exercice de sa fonction de révision des tarifs. Le législateur n'a pas imposé non plus de normes de procédure expresses ou même implicites . . . On ne peut priver l'Exécutif de son droit d'avoir recours à son personnel, aux fonctionnaires du ministère concerné, et surtout aux commentateurs et aux avis des ministres membres du conseil, responsables, à ce titre, des questions d'intérêt public soulevées par la requête, que ces questions soient de nature économique, politique, commerciale ou autre. Le législateur pourrait ordonner qu'il en soit autrement, mais l'art. 64 n'impose pas de restriction semblable au gouverneur en conseil dans l'adoption des règles de procédure pour l'audition de requêtes en vertu du par. (1).

Cette conclusion s'impose d'autant plus que le par. 64(1) autorise en outre le gouverneur en conseil à modifier ou rescinder «de son propre mouvement» une règle ou ordonnance du Conseil. C'est là un acte législatif sous la forme la plus pure qui a pour objet de fixer les tarifs d'un service public tel un réseau téléphonique.

[aux pages 758 à 760]

Le paragraphe 64(1) autorise le gouverneur en conseil à modifier une décision sur les tarifs téléphoniques déjà rendue par un autre organisme, mais cette distinction ne me paraît pas pertinente. La possibilité qu'a un citoyen de recourir par requête à la procédure de révision prévue au par. 64(1), alors que la loi britannique ne créait pas de droit comparable, ne constitue pas non plus une différence valable. Le paragraphe 64(1) n'établit qu'une seule procédure de révision, qui peut cependant être déclenchée de deux façons, *c.-à-d.* par requête ou du propre mouvement du gouverneur en conseil. Les

nature and I adopt the reasoning of Megarry J. to the effect that no hearing is required in such cases. I realize, however, that the dividing line between legislative and administrative functions is not always easy to draw: see *Essex County Council v. Ministry of Housing and Local Government* ((1967), 66 L.G.R. 23 (Ch.D.)).

Where, however, the executive branch has been assigned a function performable in the past by the Legislature itself and where the *res* or subject matter is not an individual concern or a right unique to the petitioner or appellant, different considerations may be thought to arise. The fact that the function has been assigned as here to a tier of agencies (the CRTC in the first instance and the Governor in Council in the second) does not, in my view, alter the political science pathology of the case. In such a circumstance the Court must fall back upon the basic jurisdictional supervisory role and in so doing construe the statute to determine whether the Governor in Council has performed its functions within the boundary of the parliamentary grant and in accordance with the terms of the parliamentary mandate.

In any case, I can discern nothing in s. 64(1) to justify a variable yardstick for the application to that section of the principle of fairness according to the source of the information placed before the Governor in Council for the disposition of the respondents' petition. The basic issue is the interpretation of this statutory provision in the context of the pattern of the statute in which it is found. In my view, once the proper construction of the section is determined, it applies consistently throughout the proceedings before the Governor in Council.

Just eight short years ago in 1980, the jurisprudential world was not quite the same as it is now. Parliament and elected federal and provincial legislators and legislatures have acted decisively and considerably changed the legal and constitutional basis for the lengthy and didactic explanation by Estey J. as to why the Supreme Court of Canada, in 1980, simply, in a black-letter way, followed "this statutory provision in the context of the pattern of the statute in which it is found".

In so far as purely legislative powers delegated by Parliament to the executive branch little, if anything, has been changed. This Court has held that truly legislative powers, (for example, to make regulations under, and consonant with the tenor of a statute), granted to either the federal or provincial executive are superior powers of much greater legal hardiness than municipal regulatory powers: *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1987] 3 F.C. 383, at pages 391 and 400 to 405; 9 F.T.R. 29

ordonnances en cause dans l'affaire *Bates* et en l'espèce sont manifestement de nature législative et j'adopte le raisonnement du juge Megarry qu'aucune audition n'est requise en pareils cas. Je suis conscient, cependant, que la ligne de démarcation entre les fonctions de nature législative et les fonctions de nature administrative n'est pas toujours facile à tracer: voir *Essex County Council v. Ministry of Housing and Local Government* ((1967), 66 L.G.R. 23 (Ch.D.)).

Si, cependant, l'Exécutif s'est vu attribuer une fonction auparavant remplie par le législatif lui-même et que la *res* ou l'objet n'est pas de nature personnelle ou propre au requérant ou à l'appellant, l'on peut croire que des considérations différentes entrent en jeu. Le fait que la fonction ait été attribuée à deux paliers (au CRTC en premier lieu et au gouverneur en conseil en second lieu) ne change rien, à mon avis, au caractère anormal de l'affaire du point de vue des sciences politiques. En pareil cas, la Cour doit revenir à son rôle fondamental de surveillance de la compétence, et, ce faisant, interpréter la Loi pour établir si le gouverneur en conseil a rempli ses fonctions dans les limites du pouvoir et du mandat que lui a confiés le législateur.

Quoi qu'il en soit, rien au par. 64(1) ne me paraît justifier l'adoption d'un critère variable pour appliquer à ce paragraphe le principe d'équité selon la source des renseignements communiqués au gouverneur en conseil pour qu'il statue sur la requête des intimées. Le point fondamental est l'interprétation de cette disposition dans le contexte de la Loi où elle se trouve. À mon avis, une fois établie, la bonne interprétation à y donner s'applique à l'ensemble des procédures devant le gouverneur en conseil.

Il y a à peine huit ans, soit en 1980, la jurisprudence n'était pas tout à fait la même qu'aujourd'hui. Le Parlement et les législateurs élus des législatures fédérale et provinciales ont agi de façon décisive et ont considérablement modifié le fondement juridique et constitutionnel de la longue discussion didactique du juge Estey quant à la raison pour laquelle la Cour suprême du Canada, en 1980, avait simplement suivi à la lettre «cette disposition dans le contexte de la Loi où elle se trouve».

Quant aux pouvoirs purement législatifs délégués par le Parlement à l'exécutif, il y a eu peu ou pas de modification. Cette Cour a jugé que les véritables pouvoirs législatifs (par exemple, le pouvoir de prendre des règlements en conformité avec la teneur d'une loi), accordés à l'exécutif fédéral ou provincial, sont des pouvoirs supérieurs ayant beaucoup plus de poids, sur le plan du droit, que les pouvoirs de réglementation municipaux: voir *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*, [1987] 3

(T.D.), at pages 34 and 39 to 42; and *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) Ltd. et al. v. Attorney-General of Canada* (1987), 37 C.C.C. (3d) 193, at pages 231 to 244; 12 F.T.R. 167 (F.C.T.D.), at pages 194 to 204.

The power to legislate, in a parliamentary democracy, conjures up the introduction of a proposal for legislation—a “bill”—in an open, public and (except for the Senate) democratically elected assembly, where the members have the right to debate it by criticism, opposition and even praiseful explanation, and where the government of the day usually but with certain exceptions stakes its continuing right to exist as such upon the outcome of the vote if it also bears an expression of confidence in the government of the day. The federal legislature in Canada is composed of the Senate, the House of Commons and the Sovereign, represented by the Governor General. It legislates. Thus, when Estey J., in *Inuit Tapirisat*, characterized the power accorded under subsection 64(1) as “legislative” he could not have had the above described legislative process, power and institution in mind. He meant a power delegated by Parliament through legislation. Certainly, as held in that case (at page 752 S.C.R.) the power is not judicial or adjudicatory. The continuum of adjudicatory proceedings leads from the CRTC not to the Governor in Council, but to the Appeal Division of this Court. The power given by subsection 64(1) might more precisely be defined as a statutory power for intervention to correct or rescind decisions which do not conform to the government’s assertion of policy in such matters. To describe that power as legislative misses the mark set by the Supreme Court in the later judgment in *Thorne’s Hardware*, earlier cited, in all instances such as the present one where the power is not wielded “in matters of public convenience and general policy”. Determining the Saint John harbour boundaries from time to time is a truly legislative power. However correcting the decision of the CRTC in Bell’s case, according to the Government’s discrete policy on the calculation of Bell’s appropriate compensation for lending its employees to BCI, by directing the CRTC as to what exclusive factors to utilize in making that calculation, is something less legislative in the sense described in *Thorne’s*

C.F. 383 aux pages 391 et 400 à 405; 9 F.T.R. 29 (1^{re} inst.), aux pages 34 et 39 à 42 et *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) Ltd. et autre c. Procureur général du Canada* (1987), 37 C.C.C. (3d) 193 aux pages 231 à 244; 12 F.T.R. 167 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 194 à 204.

Dans une démocratie parlementaire, le pouvoir de légiférer évoque la présentation d’un projet de loi, devant une assemblée ouverte, publique et (sauf pour le Sénat) démocratiquement élue, projet de loi que les membres ont le droit de débattre en le critiquant, en s’y opposant et même en l’expliquant élogieusement; sauf exceptions, le gouvernement met en jeu son droit d’exister suivant le résultat du vote, si ledit projet de loi constitue également une manifestation de confiance dans le gouvernement. Au Canada, la législature fédérale est formée du Sénat, de la Chambre des communes et de la Reine, représentée par le gouverneur général. Elle légifère. Ainsi, lorsque le juge Estey qualifie, dans l’arrêt *Inuit Tapirisat*, le pouvoir conféré en vertu du paragraphe 64(1) de «législatif», il ne peut avoir eu en tête le processus législatif, le pouvoir et l’institution ci-haut décrits. Il désignait un pouvoir délégué par le Parlement par voie de législation. Bien sûr, comme il a été statué dans cette affaire (à la page 752 R.C.S.), ce pouvoir n’est ni judiciaire ni décisionnel. Le continuum des procédures décisionnelles va du CRTC à la Division d’appel de cette Cour et non au gouverneur en conseil. Le pouvoir conféré par le paragraphe 64(1) pourrait être défini de façon plus exacte comme étant un pouvoir légal d’intervention en vue de modifier ou d’annuler des décisions qui ne seraient pas conformes aux énoncés de principe du gouvernement dans ces domaines. Qualifier ce pouvoir de pouvoir législatif dépasse le cadre fixé par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Thorne’s Hardware*, ci-dessus mentionné, dans tous les cas comme en l’espèce où le pouvoir n’est pas exercé relativement à «des questions de commodité publique et de politique générale». Le fait de déterminer à l’occasion les frontières du port de Saint John est un véritable pouvoir législatif. Toutefois, modifier la décision du CRTC dans la cause de Bell, conformément à la politique discrète du gouvernement quant au calcul du dédommagement approprié lorsque Bell prête ses employés à la BCI, en indiquant au CRTC quels facteurs exclusifs

Hardware. It is not a matter of public convenience nor of general policy.

This power to make decisions in matters of private convenience and discrete policy is a special power to govern the deliberative and administrative conclusions and actions of the CRTC. It does not operate entirely at large, but only in relation to those decisions, orders or regulations made by the Commission which the Governor in Council wishes to change or quash. It operates also in and over the realm of persons' rights and obligations as may be determined by the proceedings before the CRTC. This demonstrates the importance of noting that the judgment in *Inuit Tapirisat* must be regarded as having been overtaken somewhat by intervening and momentous events. Two such events are the 1982 amendments of the Constitution [*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.)] and the revivification of the Bill of Rights by the Supreme Court of Canada in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pages 226 to 231.

The 1982 amendments to and patriation of the Constitution are momentous not only for the entrenchment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and all which that entails, but also because Canadian legislators effectively added to the written definitions of what manner of country Canada is. The two are distinct for the new written definitions, although some of them are written into the Charter, are quite independent of its provisions, and stand for all purposes as constitutional definitions of Canada. The first such definition was expressed in the opening words of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)] ordaining that Canada was to have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". Thus were imported all of the unwritten constitutional conventions and traditions including those constituted by and incorporated into the common law which is the basis of all public law in Canada and

utiliser pour faire le calcul, est moins législatif selon le sens donné à ce terme dans l'arrêt *Thorne's Hardware*. Il ne s'agit ni d'une question de commodité publique ni de politique générale.

^a Ce pouvoir de rendre des décisions sur des questions de commodité privée et de politique discrète est un pouvoir spécial de régir les délibérations ainsi que les conclusions et les actes administratifs du CRTC. Ce n'est pas un pouvoir tout à fait général car il ne touche que les décisions, ordonnances, règles ou règlements pris par le Conseil et que le gouverneur en conseil souhaite modifier ou rescinder. Il dépasse également le cadre des droits et obligations des personnes lesquels peuvent être déterminés lors des procédures devant le CRTC. Cela montre l'importance de se rappeler que le jugement rendu dans *Inuit Tapirisat* a été quelque peu dépassé par des événements très importants survenus depuis lors. Deux de ces événements sont les modifications de 1982 à la Constitution [*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.)] et la réanimation de la *Déclaration canadienne des droits* par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pages 226 à 231.

^f Les amendements et le rapatriement de la Constitution en 1982 sont très importants non seulement à cause de l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés* et tout ce que cela entraîne, mais également parce que les législateurs canadiens ont dans les faits ajouté aux définitions écrites quant au genre de pays qu'est le Canada. Ces deux volets sont distincts puisque les nouvelles définitions écrites, même si certaines d'entre elles sont incorporées dans la Charte, sont tout à fait indépendantes de ses dispositions, et constituent à tous égards les définitions constitutionnelles du Canada. La première de ces définitions a été inscrite dans les dispositions liminaires de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n°5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)], décrétant que le Canada aurait «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni». C'est ainsi que furent importées toutes les conventions et les traditions constitution-

all provinces. Further refinements were imported by jurisprudence, but in 1960 once again the legislative branch, for the Dominion that time, further defined Canada in writing by declaring that the Canadian Nation is founded on principles which acknowledge *inter alia* "a society of free men and free institutions" who and which "remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law". These descriptions, which precede the substantive provisions of the Bill of Rights, were enacted by Parliament in the context of the laws of Canada only, but not the provincial laws. Once more, in 1981 and 1982, elected legislators both federal and provincial (with the unelected legislators of the Senate) posited further legal and constitutional definitions of Canada in the final amendments which they persuaded the Parliament at Westminster to pass in regard to Canada's constitution. Again the description that Canada is founded upon principles which "recognize the supremacy of God and the rule of law" appears, but this time constitutionally entrenched *vis-à-vis* both national and provincial laws and institutions, in this "free and democratic society" which imposes only "such reasonable limits" on Canadians' "rights and freedoms" guaranteed by the Charter, as are "prescribed by law as can be demonstrably justified". Like the federal Bill of Rights before it, the Charter sets its face against treating people unfairly, unequally or arbitrarily; and when and if Parliament should ever seek to do so, those earlier legislators exacted that it do so deliberately by providing that such legislation must state that it is enacted to operate notwithstanding the Bill of Rights and/or section 2 or sections 7 to 15 of the Charter.

So, the Charter has been entrenched and the Bill of Rights has been revived since the Supreme Court, speaking through Estey J., rendered its judgment in *Inuit Tapirisat*. Although Estey J. was cognizant of a distinction between intervening, for policy reasons, to correct a decision rendered as

nelles non écrites, y compris celles qui ont été constituées par la *common law* qui est le fondement du droit public au Canada et dans toutes les provinces et qui ont été incorporées dans ladite *a common law*. D'autres raffinements ont été apportés par la jurisprudence, mais en 1960, le pouvoir législatif a, encore une fois, pour le Dominion cette fois, défini le Canada par écrit en déclarant que la nation canadienne est fondée sur des principes qui *b* reconnaissent notamment «une société d'hommes libres et d'institutions libres» lesquels «ne demeurent libres que dans la mesure où la liberté s'inspire du respect des valeurs morales et spirituelles et du règne du droit». Ces énoncés, qui précèdent *c* les dispositions de fond de la *Déclaration canadienne des droits*, ont été adoptés par le Parlement dans le contexte des lois du Canada uniquement et non de celles des provinces. Une fois de plus en 1981 et 1982, les législateurs élus du fédéral et des provinces (de concert avec les législateurs non élus du Sénat) ont défini la position légale et constitutionnelle du Canada dans les derniers amendements qu'ils ont persuadé le Parlement de Westminster d'adopter eu égard à la constitution du *e* Canada. Encore une fois, on retrouve l'énoncé selon lequel le Canada est fondé sur des principes qui «reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit», mais cet énoncé est enchâssé dans la constitution vis-à-vis les lois nationales et provinciales et les institutions, dans cette «société libre et démocratique» qui n'impose que des «limites qui soient raisonnables» aux «droits et libertés» des Canadiens qui sont garantis par la Charte, et qui «ne peuvent être restreints que par une règle de *g* droit . . . dont la justification puisse se démontrer». À l'instar de la *Déclaration canadienne des droits* qui l'a précédée, la Charte prend position contre le traitement injuste, inégal ou arbitraire des personnes; et si le Parlement tentait un jour d'agir ainsi, *h* les législateurs précédents ont exigé qu'il le fasse de façon délibérée en prévoyant que la législation en question énonce qu'elle est adoptée nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* ou l'article 2 ou les articles 7 à 15 de la Charte. *i*

Ainsi, la Charte a été enchâssée et la *Déclaration canadienne des droits* a été réanimée lorsque la Cour suprême du Canada, par la voix du juge Estey, a rendu son jugement dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*. Quoique le juge Estey reconnût la distinction entre le fait d'intervenir, pour des motifs

between contending parties, and legislating for general public purposes (at page 752 S.C.R.), yet he was then free to lump the two functions together as a simply legislative function. As if to confirm that characterization of function, when Estey J. asked if there were a duty to observe natural justice or at least a lesser duty of fairness (at page 745 S.C.R.), he ultimately answered in the negative (at pages 755-756 S.C.R.) because "in so doing, the Cabinet . . . must be free to consult all sources which Parliament itself might consult had it retained this function". That is to say, because the power to intervene *inter partes* is blended or lumped in with the power to legislate, and in legislating the legislator is not obliged (at least between elections) to consult everyone or hear everyone, then, His Lordship concluded, that durable basic principle of fundamental justice *audi alteram partem* did not constrain the Governor in Council when intervening in a CRTC decision made *inter partes*. No doubt Mr. Justice Estey declared the law as it had stood on October 7, 1980, but such an analysis is no longer valid in 1988.

Today especially, because of the persistent labours of the executive and legislative branches of Canadian governments we are constitutionally described as the very antithesis of a state in which arbitrary, despotic or autocratic powers, such as are found in subsection 64(1), are dishd out and left in the hands of any State board, commission or other tribunal. It is not too bold to suggest that Parliament, in reposing such powers in any person or body of persons, including the Cabinet, must be taken to expect that those powers in their exercise will be interpreted in consonance with the Constitution and the tenor of the law.

The plaintiffs emphasized section 15 of the Charter as their basis of attack on Order in Council P.C. 1988-762. They have little comfort in that provision for it essentially exacts of all persons in authority to treat similarly people who are similarly situated in terms of status, plight or legal position. Section 15, in force since April 17, 1985, declares that every individual is equal before and under the law, having the right to equal protection

de politique, en vue de corriger une décision rendue entre des parties, et le fait de légiférer pour le public en général (à la page 752 R.C.S.), il était toutefois libre de grouper les deux volets en une simple fonction législative. Comme s'il voulait confirmer cette qualification de la fonction, lorsque le juge Estey a demandé s'il y avait une obligation de respecter les règles de justice naturelle, ou tout au moins, l'obligation moindre d'agir équitablement (à la page 745 R.C.S.), il a finalement répondu par la négative (aux pages 755 et 756 R.C.S.) parce que «le Cabinet doit être libre de consulter toutes les sources auxquelles le législateur lui-même aurait pu faire appel s'il s'était réservé cette fonction». Ainsi, parce que le pouvoir d'intervenir *inter partes* est mêlé ou amalgamé avec le pouvoir de légiférer, et que le législateur n'est pas tenu (à tout le moins entre les élections) de consulter ou d'entendre tout le monde, le juge a alors conclu que la règle principale de justice fondamentale *audi alteram partem* ne pose aucune restriction au gouverneur en conseil lorsqu'il intervient dans une décision rendue entre les parties par le CRTC. Il ne fait aucun doute que le juge Estey a fait état du droit tel qu'il était le 7 octobre 1980, mais cette analyse n'est plus valide en 1988.

Aujourd'hui surtout, à cause des travaux continus de l'exécutif et du législatif des gouvernements au Canada, nous nous sommes considérés sur le plan constitutionnel, comme l'antithèse même d'un État où les pouvoirs arbitraires, despotiques et autocratiques, comme ceux conférés par le paragraphe 64(1), sont remis entre les mains d'un office, d'une commission ou d'un autre tribunal fédéral. On peut supposer que, lorsqu'il confie ces pouvoirs à une personne ou à un groupe de personnes, incluant le Cabinet, le Parlement s'attend à ce que l'exercice de ces pouvoirs soit interprété en conformité avec la Constitution et la teneur de la loi.

Les demandeurs appuient leur attaque du décret C.P. 1988-762 sur l'article 15 de la Charte. Ils sont bien peu aidés par cette disposition parce qu'elle exige essentiellement de toutes les personnes en autorité qu'elles traitent de la même façon tous ceux qui sont dans une situation identique quant à leur statut, état ou position juridique. L'article 15, qui est en vigueur depuis le 17 avril 1985, prévoit que la loi ne fait acception de per-

and benefit of the law without discrimination as to various human attributes and characteristics.

Section 15 does not guarantee corporations any rights of equality or non-discrimination. That proposition was stated positively although parenthetically by a unanimous panel of this Court's Appeal Division in *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359; (1986), 27 C.R.R. 286; 34 D.L.R. (4th) 584; 12 C.P.R. (3d) 385; 78 N.R. 30 where at pages 364 F.C. in footnote 2; 290 C.R.R.; 588 D.L.R.; 388 C.P.R.; 30 N.R., the Court held:

Any possible problems resulting from the attempt by corporate plaintiffs to assert rights which can only be enjoyed by individuals are resolved by the Trial Judge's finding, not put in issue on appeal, that the individual plaintiffs possessed the necessary standing to assert the claims in their own behalf.

An application for leave to appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed: [1987] 1 S.C.R. xiv. First of all none of the parties or interveners can assert a right of equality to the Sovereign, by whatever designation of The Queen, the Crown, the Governor General in Council, the Government of Canada or any of its emanations or the various boards, commissions or other tribunals which are creatures of statute. So it can be taken as established in the following jurisprudence: *R. v. Stoddard* (1987), 59 C.R. (3d) 134 (Ont. C.A.), per Tarnopolsky J.A. at page 145; *Ominayak v. Norcen Energy Resources Ltd.* (1987), 83 A.R. 363 (Q.B.) and *Leighton v. Canada*, (F.C.T.D. T-165-85, May 18, 1988 not yet reported).

Here, the only party who is an individual, the plaintiff Arthur Milner has made out no case to be treated equally with any similarly situated individual. Like the two corporate interveners, he was not a party to the proceedings before the CRTC. However, unlike BCE or BCI, neither was Mr. Milner a party or even a would-be party to the proceedings undertaken pursuant to subsection 64(1). The corporate parties herein appear to be relatively similarly situated but section 15 of the Charter holds nothing for or against any of them since it operates in the realm of quintessen-

sonne et s'applique également à tous indépendamment de toute discrimination fondée sur les divers attributs et caractéristiques humains.

L'article 15 ne garantit pas aux sociétés le droit à l'égalité et à la non discrimination. Cette affirmation a été faite clairement, même si elle était entre parenthèses, dans une décision unanime de la Division d'appel de cette Cour *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Canada (procureur général)*, [1987] 2 C.F. 359; (1986), 27 C.R.R. 286; 34 D.L.R. (4th) 584; 12 C.P.R. (3d) 385; 78 N.R. 30, où aux pages 364 C.F., à la note 2 en bas de page; 290 C.R.R.; 588 D.L.R.; 388 C.P.R.; 30 N.R., la Cour conclut:

Tous les problèmes possibles résultant de la tentative par les demandeurs qui sont des personnes morales de faire valoir des droits dont seuls les particuliers peuvent jouir sont tranchés par la conclusion du juge de première instance, qui n'est pas contestée en appel, selon laquelle les particuliers faisant partie des demandeurs possèdent l'intérêt nécessaire pour faire valoir la réclamation pour leur propre compte.

Une demande d'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada a été rejetée: [1987] 1 R.C.S. xiv. Tout d'abord, aucune des parties ou des intervenantes ne peut faire valoir un droit à l'égalité devant la Souveraine, qu'elle soit désignée comme La Reine, la Couronne, le gouverneur général en conseil, le gouvernement du Canada ou l'une de ses émanations ou les divers offices, commissions ou autres tribunaux fédéraux qui ont été constitués par une loi. On peut tenir cette règle pour acquise dans la jurisprudence suivante: *R. v. Stoddard* (1987), 59 C.R. (3d) 134 (C.A. Ont.), le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, à la page 145; *Ominayak v. Norcen Energy Resources Ltd.* (1987), 83 A.R. 363 (B.R.) et *Leighton c. Canada*, (C.F. 1^{re} inst. T-165-85, 18 mai 1988 encore inédit).

En l'espèce, la seule partie qui est un particulier, le demandeur Arthur Milner n'a pas établi qu'il avait le droit d'être traité de façon égale à tout autre individu se trouvant dans la même situation. Comme les deux personnes morales intervenantes, il n'était pas partie aux procédures devant le CRTC. Toutefois, contrairement à la BCE ou à la BCI, M. Milner n'était pas non plus une partie ni même une partie éventuelle aux procédures engagées en vertu du paragraphe 64(1). Les parties qui sont des personnes morales en l'espèce semblent être dans une situation relativement similaire mais

tially human, not corporate, rights. Thus the plaintiffs' invocation of section 15 of the Charter as a basis of attack on the Cabinet's promulgation of P.C. 1988-762 simply fails on that ground.

The arguments of all counsel and the questioning of them by the Court ranged much further than section 15 of the Charter. In ordinary adversary litigation the Court is not obliged to come to the rescue of a litigant whose pleadings are inept or otherwise off the target. However as was most clearly implied by Mr. Justice Beetz for the unanimous Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at page 135, in constitutional cases courts "have found it necessary to rise above the interests of private litigants up to the level of the public interest". The Court, in a constitutional case, must not allow a private litigant's case to miscarry if that result would contort or contradict constitutional principles or imperatives. So although the plaintiffs started by invoking section 15 of the Charter, the Court directed the lawyers' arguments also to the application of paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III. Even although the plaintiffs originally made no reference to that provision of the *Bill of Rights*, the Court bears a responsibility to and under the Constitution to keep respect for the Constitution paramount, and to save its principles from being subverted, if such be the case, or perhaps equally bad, from being overlooked or ignored in the premises. So, the debate at trial included discussion of paragraph 2(e) of the *Bill of Rights*, as it ought to have done in these circumstances.

The *Canadian Bill of Rights* is of quasi-constitutional import, unlike the Charter which is constitutionally entrenched and binding on all legislatures and governments in Canada, including the federal Parliament and government. The *Bill of Rights* is an Act of Parliament which received Royal Assent on August 10, 1960. In its section 2, the *Bill of Rights* enacts and declares how every other law of Canada, that is, every federal law, is

l'article 15 de la Charte ne peut rien faire pour ou contre ces dernières puisque son rayon d'action vise les droits des humains et non ceux des personnes morales. Ainsi donc, le recours des demandeurs à l'article 15 de la Charte en vue de contester la promulgation par le Cabinet du C.P. 1988-762 doit être rejeté pour ce motif.

Les arguments de tous les procureurs et les questions soulevées par la Cour à leur sujet vont bien au-delà de l'article 15 de la Charte. Lors d'un litige ordinaire, la Cour n'est pas tenue de venir au secours d'une partie dont les plaidoiries sont ineptes ou en dehors du but visé. Toutefois, comme le juge Beetz l'a clairement laissé entendre dans le jugement unanime de la Cour suprême du Canada *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, à la page 135, dans les causes de droit constitutionnel, les tribunaux «ont jugé nécessaire de subordonner les intérêts des plaideurs privés à l'intérêt public». Dans une affaire de droit constitutionnel, la Cour ne doit pas laisser avorter la cause d'un plaideur privé, si cela entraîne une déformation ou une contradiction des principes ou des impératifs constitutionnels. Ainsi, même si les demandeurs ont commencé par invoquer l'article 15 de la Charte, la Cour a recommandé aux procureurs de présenter des arguments fondés sur l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III. Même si à l'origine les demandeurs n'ont pas soulevé cette disposition de la *Déclaration canadienne des droits*, la Cour est chargée en vertu de la Constitution d'assurer la suprématie de cette dernière et d'empêcher toute atteinte à ses principes, si tel était le cas, ou ce qui est aussi grave, de prévenir l'oubli ou l'ignorance desdits principes. On a donc, au cours du procès, examiné l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, comme il se devait dans les circonstances.

La *Déclaration canadienne des droits* a une portée quasi constitutionnelle, contrairement à la Charte qui est enchâssée dans la constitution et qui lie toutes les législatures et tous les gouvernements au Canada, y compris le Parlement et le gouvernement fédéral. La *Déclaration canadienne des droits* est une loi du Parlement ayant reçue la sanction royale le 10 août 1960. L'article 2 déclare que toutes les autres lois du Canada, c'est-à-dire

to be construed and applied as to its meaning and operation. Paragraph 2(e) ordains:

2. Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to

(e) deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights and obligations;

For many years it seemed to be assumed that the Bill of Rights existed in a moribund state. Then, in 1985, the equally divided approaches of the Supreme Court of Canada invoked respectively the Charter and the Bill of Rights by coming to the one effective conclusion, in the previously cited case of *Singh*. No submissions were made at the time of its first hearing but, as in the case at bar, the Supreme Court of its own motion called for submissions upon the application of the *Canadian Bill of Rights*. In the result, Mr. Justice Beetz wrote for half of the number of the sitting judges in support of the applicability of the Bill of Rights.

An important passage in the reasons of Beetz J. is reported on page 228 S.C.R. and runs as follows:

... I am not absolutely clear whether or not it was conceded by the Attorney General that the "rights" referred to in s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* are not the same rights or rights of the same nature as those which are enumerated in s. 1, including "the right of the individual to life, liberty, security of the person ... and the right not to be deprived thereof except by due process of law".

Be that as it may, it seems clear to me that the ambit of s. 2(e) is broader than the list of rights enumerated in s. 1 which are designed as "human rights and fundamental freedoms" whereas in s. 2(e), what is protected by the right to a fair hearing is the determination of one's "rights and obligations", whatever they are and whenever the determination process is one which comes under the legislative authority of the Parliament of Canada. It is true that the first part of s. 2 refers to "the rights or freedoms herein recognized and declared", but s. 2(e) does protect a right which is fundamental, namely "the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice" for the determination of one's rights and obligations, fundamental or not. It is my view that, as was submitted by Mr. Coveney, it is

les lois fédérales, doivent s'interpréter et s'appliquer de manière à lui donner son sens. L'alinéa 2e) ordonne:

2. Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme

e) privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations.

Pendant plusieurs années, on semble avoir considéré que la *Déclaration canadienne des droits* était dans un état moribond. Puis en 1985, les positions également divisées de la Cour suprême du Canada se basaient respectivement sur la Charte et sur la *Déclaration canadienne des droits* pour arriver à la conclusion unique dans l'arrêt déjà mentionné *Singh*. Aucun argument n'avait été présenté à l'époque de la première audience mais, comme en l'espèce, la Cour suprême du Canada, de son propre chef, a demandé des observations sur l'application de la *Déclaration canadienne des droits*. À la fin, le juge Beetz a rendu un jugement au nom de la moitié des juges ayant siégé lors de cette affaire, en faveur de l'applicabilité de la *Déclaration canadienne des droits*.

Voici un passage important des motifs du juge Beetz qui figure à la page 228 R.C.S. et il dit:

... je ne suis pas tout à fait convaincu qu'il ait reconnu que les «droits» mentionnés à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* ne sont pas les mêmes droits, ou des droits de même nature, que ceux énumérés à l'art. 1, dont «le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ... et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi».

Quoi qu'il en soit, il me semble évident que l'al. 2e) a une portée plus large que la liste des droits énumérés à l'art. 1 et désignés comme «droits de l'homme et libertés fondamentales», tandis qu'à l'al. 2e), ce que protège le droit à une audition impartiale, c'est la définition des «droits et obligations» d'une personne quels qu'ils soient et dans tous les cas où le processus de définition relève de l'autorité législative du Parlement du Canada. Il est vrai que la première partie de l'art. 2 parle «des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes», mais l'al. 2e) protège un droit fondamental, savoir le «droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale», pour la définition des droits et des obligations d'une personne, qu'ils soient fondamentaux au non. Je suis d'avis que comme l'a fait valoir M^c Coveney, il est possible d'appliquer l'al. 2e) sans en

possible to apply s. 2(e) without making reference to s. 1 and that the right guaranteed by s. 2(e) is in no way qualified by the "due process" concept mentioned in s. 1(a). [Emphasis not in original text.]

Further at pages 238 and 239, His Lordship is reported as holding that the Bill of Rights applies equally to statutory provisions enacted both before and after the adoption of the Bill of Rights. Moreover, in a recent unanimous decision of the Appeal Division of this Court relating to sponsors' rights to fair procedures before the Immigration Appeal Board, *Rajpaul v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1988] 3 F.C. 157, paragraph 2(e) was further nourished, in this finding expressed by Mr. Justice Mahoney [at page 159]:

The learned Trial Judge has cited considerable impeccable authority in support of his conclusion that paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C. 1970, Appendix III] applies to the hearing of the appeal. We will not repeat that authority; we do agree with the conclusion.

Corporations are not included in the meaning of "individuals", but, for better or for worse they are subsumed into "persons". Thus paragraph 2(e) can be seen to apply to individual human beings as well as to corporations. The determination process by the Governor in Council demonstrably comes under the legislative authority of the Parliament of Canada, being accorded by subsection 64(1) of the NTPP Act.

Here, then, was a decision, CRTC 88-4 (preceded by CRTC 86-17) made upon a fair adjudication of issues raised by contending parties, in which NAPO was a party whose standing and contribution to the debate were recognized by the CRTC's award of costs in NAPO's favour. Thereupon two unregulated related companies went behind the notional "curtain" in order to "whisper" a petition into the Cabinet's ear, seeking rescission or variation of an important part of that hard-fought, but fairly fought, CRTC decision. It was "whispering" in the sense that it was asserted to be a confidential petition. NAPO perhaps ill-advisedly declined to accept the condition of confidentiality and thereby figuratively blinded itself, but it did ask, in its letter to the Clerk of the Privy Council, for time within which to prepare a counter-proposal.

référer à l'art. 1 et que le droit garanti par l'al. 2e) n'est nullement limité par la notion «d'application régulière de la loi» mentionnée à l'al. 1a). [Non souligné dans le texte original.]

a Plus loin, aux pages 238 et 239, le juge conclut que la *Déclaration canadienne des droits* s'applique également aux dispositions législatives adoptées autant avant et qu'après l'entrée en vigueur de la *Déclaration canadienne des droits*. Qui plus est, b dans une récente décision unanime de la Division d'appel de cette Cour concernant les droits du parrain à une audience impartiale devant la Commission d'appel de l'immigration, l'arrêt *Rajpaul c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1988] 3 C.F. 157, l'alinéa 2e) a été étoffé par cette conclusion du juge Mahoney [à la page 159]:

d Le savant juge de première instance a cité de très nombreuses décisions et de nombreux auteurs à l'appui de sa conclusion que l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* [S.R.C. 1970, Appendice III] s'appliquait à l'audition de l'appel. Ces décisions et ces auteurs ne seront pas repris ici; nous sommes d'accord avec la conclusion.

e Le terme «individu» n'inclut pas les personnes morales qui sont toutefois comprises dans le terme «personnes». On peut donc considérer que l'alinéa 2e) s'applique aux individus et aux personnes morales. Le processus de détermination par le gouverneur en conseil, comme il a été démontré, f est sous l'autorité législative du Parlement du Canada, qui est conférée par le paragraphe 64(1) de la Loi NAMT.

g Ainsi donc, il y a eu la décision CRTC 88-4 (précédée de la décision CRTC 86-17) rendue après une détermination impartiale des questions soulevées par les parties en litige, dans lequel l'ONAP était une partie dont la position et la contribution au débat ont été reconnues par le h CRTC qui lui a adjugé les dépens. Sur ce, deux compagnies liées non réglementées se sont glissées derrière le «rideau» imaginaire afin de «souffler» une requête aux oreilles du Cabinet, visant à faire rescinder ou modifier une partie importante de la i décision du CRTC durement mais justement gagnée. Il s'agissait d'un «murmure» puisqu'il a été démontré que c'était une requête confidentielle. L'ONAP a peut-être à tort refusé d'accepter la j condition de garder le secret et elle a ainsi fermé les yeux au sens figuré, mais elle a demandé dans sa lettre au greffier du Conseil privé un délai en vue de préparer une contre-proposition.

Had the Governor in Council set a time for reply or even acknowledged NAPO's request in any manner, these reasons would be infinitely shorter, if expressed at all. The Governor in Council was, after all, not about to embark upon a truly legislative enactment in "a matter of public convenience or general policy", to hearken back to the Supreme Court's judgment in *Thorne's Hardware Ltd.* It was, rather, about to intervene into a CRTC decision made between contending parties, on what amounts to the privately whispered petition of non-parties.

It was about to exercise its power of corrective guidance in a particular matter of a determination of the parties' rights and obligations. (There is no consequence to the employment in paragraph 2(e) of the personal pronoun in "his rights and obligations". After all in subsection 64(1) in relating to the Governor in Council, the expression "in his discretion" is employed.) NAPO, representing Bell's subscribers—so recognized by the CRTC—and Bell itself were about to have their rights and obligations determined by the Governor in Council.

The Governor in Council went ahead, simply ignoring NAPO's request to be "heard", in the sense of making written submissions. In 1988, the Governor in Council is obliged to respect the basic canon of "natural justice", "fundamental justice" or just plain ordinary fairness, *audi alteram partem*—hear the other party, before making a determination of the other party's rights and obligations. The Governor in Council, in the absence of emergency or security intelligence exigencies, cannot lawfully do otherwise.

Order in Council P.C. 1988-762 effects such a determination even although it refers the matter back to the CRTC, because the Order in Council fetters the considerations to be admitted by the CRTC by restricting them to Bell's audited costs, and forecloses wider considerations about which the Minister, in earlier correspondence, said she would not wish to leave a mistakenly restricted impression. Thus Bell, to obtain the compensation which the CRTC adjudged to be its due for the sake of not raising the rates it charges to subscrib-

Si le gouverneur en conseil avait accordé un délai pour permettre une réponse ou même, s'il avait accusé réception d'une quelconque façon de la demande de l'ONAP, les motifs en l'espèce auraient été beaucoup plus courts, sinon inexistants. Le gouverneur en conseil ne s'apprêtait quand même pas à adopter une loi concernant «des questions de commodité publique et de politique générale», pour emprunter les termes du jugement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd.* Il allait plutôt intervenir dans une décision du CRTC rendue entre les parties au litige, en se fondant sur une requête soufflée par des personnes qui n'étaient pas des parties.

Il allait exercer son pouvoir de conseiller rectificateur sur une question précise de détermination des droits et obligations des parties. (L'emploi du pronom personnel à l'alinéa 2e) dans l'expression «ses droits et obligations» n'a aucune conséquence. Après tout, l'expression «à sa discrétion» est utilisée au paragraphe 64(1), eu égard au gouverneur en conseil). L'ONAP, représentant les abonnés de Bell, comme l'a admis le CRTC, et Bell elle-même, allaient voir les droits et obligations desdits abonnés être déterminés par le gouverneur en conseil.

Le gouverneur en conseil a agi, ne tenant tout simplement pas compte de la demande de l'ONAP d'être «entendue», c'est-à-dire de présenter des observations écrites. En 1988, le gouverneur en conseil doit respecter les canons de base de «justice naturelle», «justice fondamentale» ou tout simplement d'impartialité; c'est la règle *audi alteram partem*, qui oblige à entendre l'autre partie avant de déterminer les droits et obligations de celle-ci. En l'absence d'urgence ou d'exigences relatives au renseignement de sécurité, le gouverneur en conseil ne peut légalement agir autrement.

Le décret C.P. 1988-762 opère une telle détermination même s'il renvoie la question au CRTC, parce que ledit décret limite les éléments dont le CRTC doit tenir compte aux frais vérifiés de Bell et empêche des considérations plus générales au sujet desquelles la ministre, dans sa correspondance antérieure, avait indiqué qu'elle n'avait pas l'intention de donner cette fausse impression de restriction. Ainsi Bell, pour obtenir le dédommagement que le CRTC lui avait accordé en acceptant de ne pas augmenter les tarifs réclamés à ses

ers, and the subscribers, represented by NAPO, have indeed had their rights and obligations determined, despite the reference back to the CRTC. Because all of this ordering, charging and regulating occurs pursuant to laws of Canada, there is no dilution or denigration of the very rights and obligations contemplated by paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

Order in Council P.C. 1988-762 must be quashed, but without prejudice to the undoubted right of the Governor in Council to address the matter anew, but lawfully, by calling for responses from everyone, person, firm or corporation who, or which, was a party to the proceedings before the CRTC. That is the only way to ensure to them—whether they actually respond or not—the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of their rights and obligations.

A cynic might ask whether there is any consequence if the Governor in Council does not pay any attention to such responses. The answer can be found in the reasons of Estey J. in the *Inuit Tapirisat* case, from which one may draw many and various teachings. Thus, one could apply to the imaginary cynic's question that which Estey J. wrote at page 753 about the situation in which the Governor in Council would make no examination of the contents of a petition. The same would apply to a response. It would simply be unlawful—with all that entails—to ignore either a petition or a reply from the other parties, because such disregard would constitute no "hearing" at all. The Governor in Council habitually employs numerous intelligent and wholly literate people to help in such matters, its staff, as well as departmental personnel concerned with the subject-matter, all mentioned by Estey J. on page 753 S.C.R., to whom it may lawfully resort for help in considering replies as well as petitions.

In the United Kingdom, and in that part designated administratively as England and Wales, there is clearly no *Canadian Bill of Rights* in force, only the common law of rights and obligations. So, in *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* earlier cited, where a discretion to refer complaints was accorded by Act of

abonnés, et les abonnés représentés par l'ONAP, ont vu en fait leurs droits et obligations déterminés, malgré le renvoi au CRTC. Étant donné que ces ordonnances, tarifs et réglementations ont eu lieu conformément aux lois du Canada, il n'y a pas d'édulcoration ou de déni des droits et obligations mêmes dont il est question à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Le décret C.P. 1988-762 doit être annulé, mais sans préjudice du droit incontesté du gouverneur en conseil de reprendre la question, légalement cette fois, en demandant une réponse de chaque personne, entreprise ou compagnie qui était partie aux procédures devant le CRTC. C'est la seule façon d'assurer à tous, qu'ils répondent ou non, le droit à une audition impartiale selon les principes de justice fondamentale pour la détermination de leurs droits et obligations.

Une personne cynique pourrait demander s'il y a des conséquences, si le gouverneur en conseil ne tient pas compte de telles réponses. La réponse se trouve dans les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Inuit Tapirisat*, d'où on peut tirer plusieurs enseignements. Ainsi, on pourrait répondre à la question imaginaire du cynique en citant ce que le juge Estey a écrit à la page 753 concernant le cas où le gouverneur en conseil n'examinerait pas le contenu d'une requête. La même chose s'appliquerait à une réponse. Il serait tout simplement illégal, avec toutes les conséquences qui en découlent, de ne pas tenir compte d'une requête ou d'une réponse d'une autre partie parce qu'une telle omission constituerait une absence d'«audition». Le gouverneur en conseil a habituellement à son service plusieurs personnes intelligentes et instruites pour l'aider dans de tels cas, son personnel ainsi que le personnel du ministère concerné par la question, toutes ces personnes étant mentionnées par le juge Estey à la page 753 R.C.S., auxquelles il peut légalement faire appel pour l'aider à examiner les réponses et les requêtes.

Au Royaume-Uni, et dans la partie désignée sur le plan administratif comme l'Angleterre et le pays de Galles, il n'y a évidemment pas de *Déclaration canadienne des droits* en vigueur, mais uniquement les droits et obligations prévus par la *common law*. Ainsi, dans l'arrêt *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* men-

Parliament to the Minister, the same cynical question arose. Lord Pearce is reported, at pages 1053 and 1054 A.C. as writing:

It is quite clear from the Act in question that the Minister is intended to have *some* duty in the matter. It is conceded that he must properly consider the complaint. He cannot throw it unread into the waste paper basket. He cannot simply say (albeit honestly) "I think that in general the investigation of complaints has a disruptive effect on the scheme and leads to more trouble than (on balance) it is worth; I shall therefore never refer anything to the committee of investigation." To allow him to do so would be to give him power to set aside for his period as Minister the obvious intention of Parliament, namely, that an independent committee set up for the purpose should investigate grievances and that their report should be available to Parliament. This was clearly never intended by the Act. Nor was it intended that he could silently thwart its intention by failing to carry out its purposes. I do not regard a Minister's failure or refusal to give any reasons as a sufficient exclusion of the court's surveillance. If all the *prima facie* reasons seem to point in favour of his taking a certain course to carry out the intentions of Parliament in respect of a power which it has given him in that regard, and he gives no reason whatever for taking a contrary course, the court may infer that he has no good reason and that he is not using the power given by Parliament to carry out its intentions. In the present case, however, the Minister has given reasons which show that he was not exercising his discretion in accordance with the intentions of the Act.

In that same judgment, Lord Upjohn is reported in these words, at page 1058 A.C.:

The Minister in exercising his powers and duties, conferred upon him by statute, can only be controlled by a prerogative writ which will only issue if he acts unlawfully. Unlawful behaviour by the Minister may be stated with sufficient accuracy for the purposes of the present appeal (and here I adopt the classification of Lord Parker C.J., in the Divisional Court): (a) by an outright refusal to consider the relevant matter, or (b) by misdirecting himself in point of law, or (c) by taking into account some wholly irrelevant or extraneous consideration, or (d) by wholly omitting to take into account a relevant consideration.

There is ample authority for these propositions which were not challenged in argument. In practice they merge into one another and ultimately it becomes a question whether for one reason or another the Minister has acted unlawfully in the sense of misdirecting himself in law, that is, not merely in respect of some point of law but by failing to observe the other headings I have mentioned. [Emphasis not in original text.]

Such was the state of the common law in England as long ago as 1968.

tionné ci-dessus, où une loi du Parlement a conféré au ministre le pouvoir discrétionnaire de renvoyer une plainte, la même question cynique s'est posée. Lord Pearce a écrit, aux pages 1053 et 1054 A.C.:

[TRADUCTION] Il est très évident à la lecture de la loi concernée que le ministre doit avoir *quelque* obligation au sujet de la question. On admet qu'il doit examiner attentivement la plainte. Il ne peut la jeter aux poubelles sans la lire. Il ne peut simplement dire (même honnêtement) «Je crois qu'en général l'enquête sur les plaintes a un effet perturbateur sur la question et crée plus de problèmes (tout bien considéré) qu'il n'est justifié; je ne renverrai, par conséquent, plus rien au comité d'enquête». Lui permettre de faire une telle chose serait lui donner le pouvoir de mettre de côté pour la durée de sa charge de ministre, l'intention claire du Parlement, savoir qu'un comité indépendant institué à cette fin puisse examiner les griefs et que son rapport soit soumis au Parlement. Il est évident que cela n'a jamais été prévu dans la loi. Il n'a jamais été prévu non plus qu'il pourra discrètement étouffer son intention en négligeant de respecter son but. Je ne considère pas l'omission ou le refus d'un ministre de donner des motifs comme une raison suffisante pour exclure le pouvoir de surveillance de la Cour. Si tous les motifs *prima facie* semblent favoriser la voie qu'il a choisie pour respecter les intentions du Parlement concernant un pouvoir qui lui a été conféré à cette fin, et qu'il ne donne aucune raison pour prendre une direction contraire, la Cour peut déduire qu'il n'a aucune bonne raison et qu'il n'exerce pas le pouvoir qui lui a été conféré par le Parlement pour atteindre son but. En l'espèce, toutefois, le ministre a fourni des motifs qui démontrent qu'il n'exerçait pas son pouvoir discrétionnaire selon les intentions de la loi.

Dans la même décision, lord Upjohn déclare à la page 1058 A.C.:

[TRADUCTION] L'ordonnance de prérogative est le seul moyen de soumettre le ministre, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qu'il tient de la loi, à un contrôle judiciaire, ordonnance qui ne sera délivrée que s'il agit illégalement. Aux fins du présent appel, on peut dire avec assez de précision qu'une conduite illégale du ministre (et j'adopte ici la classification adoptée par lord Parker, juge en chef, de la cour divisionnaire) consiste: a) à refuser catégoriquement d'examiner la question pertinente; b) à commettre une erreur sur un point de droit; c) à tenir compte d'un facteur complètement inapproprié ou étranger; ou d) à omettre entièrement de tenir compte d'une considération appropriée.

Il existe une jurisprudence abondante à l'appui de ces propositions qui n'ont pas été contestées lors des plaidoiries. En pratique, elles s'intègrent une dans l'autre et à la fin, cela revient à déterminer si, pour une quelconque raison, le ministre a agi illégalement, commettant une erreur sur un point de droit et en omettant d'observer les autres règles que j'ai mentionnées. [Non souligné dans le texte original.]

Tel était l'état de la *common law* en Angleterre qui remonte à 1968.

In Canada, today in 1988, the law not only requires that all parties before the CRTC (other than the petitioner(s) to the Governor in Council) be accorded a reasonable and timely opportunity to respond in writing to the petition, but also that their responses (if any) be considered with as much care and concern as the original petition itself is considered. That is to say the petition and any responses must be considered meticulously and seriously. If the Governor in Council were to consign such responses, literally or figuratively, to the waste paper basket, nothing in subsection 64(1) could save that body from acting utterly unlawfully and it would be lawfully subject, in first instance at least, to public exposure by anyone who would know of it.

The duty to receive representations inescapably imports the duty to accord serious consideration to those representations, because any less consideration would clearly deprive the other parties of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of their rights and obligations. Any less consideration, therefore, would violate paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. No party was able to point to any provision of federal statute law to the express effect that subsection 64(1) of the NTPP Act can "operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*".

It should not have been necessary for this Court alone to interpret the powers of the Governor in Council under subsection 64(1), when intervening in a decision made between discretely contending parties, in accordance with the Bill of Rights. Parliament itself might have so restrained the application of subsection 64(1) by means of appropriate amending legislation. Again, the law officers of the Crown might have advised such restrained interpretation and exercise of the statutory powers. The Court is not necessarily the institution of first resort and it would prefer not to be such.

Still, judicial review is legitimate at any stage of the conflict despite the view, strongly held in some quarters in the United States of America and even in Canada, that judicial review is somehow anti-majoritarian, a polite expression for undemocratic. Indeed it is obvious that in Canada, the constitu-

Au Canada, en 1988, la loi exige non seulement que toutes les parties devant le CRTC (autres que le(s) requérant(s) devant le gouverneur en conseil) bénéficient d'une chance raisonnable de répondre par écrit à la requête, mais également que leur réponse (le cas échéant) soit considérée avec autant de soin et d'attention que la requête originale. C'est-à-dire que la requête et toutes les réponses doivent être examinées méticuleusement et sérieusement. Si le gouverneur en conseil disposait de ces réponses, au sens propre ou figuré, en les mettant à la poubelle, rien au paragraphe 64(1) ne pourrait empêcher cet organisme d'agir tout à fait illégalement et il serait en droit, au début à tout le moins, sujet à une dénonciation publique par quiconque le saurait.

L'obligation de recevoir des observations emporte inévitablement le devoir de les examiner sérieusement, parce qu'un examen moins attentif enlèverait clairement aux autres parties le droit à une audition impartiale conformément aux principes de justice fondamentale pour la détermination de leurs droits et obligations. Par conséquent, un examen moins attentif violerait l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Aucune partie n'a pu mentionner une disposition d'une loi fédérale disant expressément que le paragraphe 64(1) de la Loi NAMPT peut «s'appliquer nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*».

Il n'aurait pas dû incomber à cette Cour d'interpréter seule les pouvoirs du gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 64(1), lorsque ledit gouverneur intervient dans une décision rendue entre des parties au litige, conformément à la *Déclaration canadienne des droits*. Le Parlement aurait pu lui-même restreindre l'application du paragraphe 64(1) par une loi modificatrice appropriée. Encore une fois, les conseillers juridiques de la Couronne auraient pu recommander une telle interprétation restrictive et l'exercice contrôlé des pouvoirs conférés par la loi. La Cour n'est pas nécessairement l'institution de première instance et elle préférerait ne pas l'être.

Le contrôle judiciaire est néanmoins légitime à toutes les étapes d'un conflit malgré l'opinion, clairement exprimée dans certains milieux des États-Unis d'Amérique et même au Canada, que le contrôle judiciaire est quelque peu antimajoritaire, une expression polie pour dire antidémocrati-

tional instruments of judicial review in the Bill of Rights and the Charter, have been composed and emplaced by popularly elected legislators. It was the Supreme Court in its majority judgment in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, written by Lamer J. which, some would say "ironically" repudiated the anti-majoritarian theory of judicial review. The minority concurred in the result. The citation is [1985] 2 S.C.R. 486 and, at page 497, there is reported this cogent passage:

This is an argument which was heard countless times prior to the entrenchment of the *Charter* but which has in truth, for better or for worse, been settled by the very coming into force of the *Constitution Act, 1982*. It ought not to be forgotten that the historic decision to entrench the *Charter* in our Constitution was taken not by the courts but by the elected representatives of the people of Canada. It was those elected representatives who extended the scope of constitutional adjudication and entrusted the courts with this new and onerous responsibility. Adjudication under the *Charter* must be approached free of any lingering doubts as to its legitimacy.

The same may be said of the general genesis of the *Canadian Bill of Rights* and adjudication under it. The legislature however is capable of undertaking much more appropriate and comprehensive reform of the law in consonance with the Bill of Rights and the Charter, because the Court's role is confined to the piecemeal scope of each particular case which happens to be presented from time to time.

In conclusion then, Order in Council P.C. 1988-762 will be declared to be null and void and of no force and effect for infringement of the plaintiffs' rights pursuant to paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, without prejudice to any action on the part of the Governor in Council to re-articulate its powers pursuant to subsection 64(1) of the NTPP Act on the same subject but in a lawful manner, as prescribed herein.

Counsel for the respective parties and the interveners were all in agreement about not awarding any costs of, or incidental to, these proceedings. The Court concurs.

que. En effet, il est évident qu'au Canada, les moyens constitutionnels de contrôle judiciaire dans la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte, ont été rédigés et inclus par des législateurs élus par le peuple. C'est la Cour suprême du Canada, dans le jugement rendu à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, et rédigé par le juge Lamer qui, certains diront «ironiquement», répudiait la théorie antimajoritaire du contrôle judiciaire. Les juges minoritaires étaient d'accord sur ce point. La cause est citée à [1985] 2 R.C.S. 486 et l'extrait pertinent se trouve à la page 497:

C'est un argument qu'on a entendu maintes et maintes fois avant l'enchéassement de la *Charte*, mais qui, en vérité, pour le meilleur ou pour le pire, a été réglé par l'entrée en vigueur même de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchéasser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont ces représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.

On peut dire la même chose de la genèse générale de la *Déclaration canadienne des droits* et des décisions rendues conformément à celle-ci. La législature est capable, toutefois, d'entreprendre une réforme beaucoup plus appropriée et complète de la loi en conformité avec la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte, parce que le rôle des tribunaux se limite à examiner chaque cas particulier qui leur est soumis.

Pour conclure, le décret C.P. 1988-762 est déclaré nul et non avenu et inopérant puisqu'il empiète sur les droits des demandeurs énoncés à l'alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, sans préjudice de la possibilité pour le gouverneur en conseil de reformuler ses pouvoirs conformément au paragraphe 64(1) de la Loi NAMPT sur le même sujet, mais de façon légale, comme il est prévu aux présentes.

Les procureurs des parties et des intervenantes étaient tous d'accord pour qu'il n'y ait aucune adjudication des dépens directs ou accessoires aux présentes procédures. La Cour y souscrit.