

A-507-97

A-507-97

A-603-96

A-603-96

**Gitxsan Treaty Society, as represented by the
Gitxsan Health Authority (*Applicant*)**

**Gitxsan Treaty Society, représentée par la Gitxsan
Health Authority (*demanderesse*)**

v.

c.

**The Hospital Employees' Union and The British
Columbia Nurses' Union (*Respondents*)**

**Hospital Employees' Union et British Columbia
Nurses' Union (*défendeurs*)**

**INDEXED AS: GITXSAN TREATY SOCIETY v. HOSPITAL
EMPLOYEES' UNION (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: GITXSAN TREATY SOCIETY c. HOSPITAL EM-
PLOYEES' UNION (C.A.)**

Court of Appeal, Rothstein J.A.—Vancouver, July 19
and 20, 1999.

Cour d'appel, juge Rothstein, J.C.A.—Vancouver, 19
et 20 juillet 1999.

Practice — Notice of constitutional question — Motion by Attorney General of Canada to prevent applicant from questioning constitutional validity, applicability, operability of Canada Labour Code — Applicant seeking judicial review of decisions of CLRB — Failing to give notice to Attorney General of constitutional question in proceedings before Board as required by Federal Court Act, ss. 57(1), (2) — S. 57(1) applying to proceedings before Federal Court, federal boards, commissions, other tribunals — Requirement to give notice under s. 57(1) mandatory — Argument notice requirement could not be complied with as Board never convened oral hearing rejected — Notice must be given even if not known whether oral hearing will be held — Form 2.1 (notice form) must be adapted to particular circumstances — If no hearing to be held, tribunal will so advise attorneys general, give deadline for written submissions — Presence of prejudice irrelevant — Attorneys general having demonstrated prejudice — On judicial review evidence extrinsic to record before tribunal whose decision reviewed may be introduced — Issue one of constitutional jurisdiction of Board under Canada Labour Code, not one in which want of jurisdiction of Board only apparent on new evidence — Review of decisions, not determination, by trial de novo, of questions not adequately canvassed in evidence at tribunal, trial court essential purpose of judicial review.

Pratique — Avis d'une question constitutionnelle — Requête déposée par le procureur général du Canada pour empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du Code canadien du travail — La demanderesse a demandé le contrôle judiciaire des décisions du CCRT — Elle a omis de donner un avis d'une question constitutionnelle au procureur général lors des procédures devant le CCRT, comme le requièrent les art. 57(1) et (2) de la Loi sur la Cour fédérale — L'art. 57(1) s'applique aux procédures instruites devant la Cour fédérale et devant un office fédéral — Il prévoit l'obligation de communiquer un avis — L'argument selon lequel l'obligation de communiquer l'avis n'a pu être remplie parce que le Conseil n'avait jamais convoqué d'audition orale a été rejeté — Un avis doit être communiqué même lorsqu'on ne sait pas s'il y aura une audition — La formule 2.1 (formule d'avis) doit être adaptée aux circonstances particulières — S'il est décidé qu'aucune audition ne sera tenue, le tribunal en avisera les procureurs généraux et leur fixera une date d'échéance pour le dépôt de leurs observations écrites — La présence d'un préjudice n'est pas un facteur pertinent — Les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice — À l'étape du contrôle judiciaire, il est permis de présenter une preuve extrinsèque au dossier soumis devant le tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire — La question qui se pose touche la compétence constitutionnelle du CCRT sous le régime du Code canadien du travail et, non le fait que seuls de nouveaux éléments de preuve peuvent faire apparaître le défaut de compétence du Conseil — Le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher, par un procès de novo, des questions qui n'ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

LOIS ET RÈGLEMENTS

Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 16(p).

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art.
16p).

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19), (2) (as am. *idem*).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 301.1 (as enacted by SOR/92-43, s. 2), Form 2.1 (as enacted *idem*, s. 20).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 107.

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1).
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19), (2) (mod. *idem*).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, règle 301.1 (éditée par DORS/92-43, art. 2), formule 2.1 (éditée, *idem*, art. 20).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 107.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Eaton v. Brant County Board of Education, [1997] 1 S.C.R. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*, [1922] 2 A.C. 128 (P.C.).

REFERRED TO:

Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board), [1991] 2 S.C.R. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Watt v. Liebelt*, [1999] 2 F.C. 455 (C.A.); *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*, [1997] B.C.J. No. 2410 (S.C.) (QL); *Kenbrent Holdings Ltd. v. Atkey*, [1995] F.C.J. No. 530 (T.D.) (QL); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo*, [1998] F.C.J. No. 284 (T.D.) (QL); *In re McEwen*, [1941] S.C.R. 542.

MOTION to prevent the applicant from questioning the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code* on the ground that the applicant failed to give notice to the Attorney General of Canada of the constitutional question before the Canada Labour Relations Board as required by subsections 57(1) and (2) of the *Federal Court Act*. Motion granted.

APPEARANCES:

Charles B. Coutts and *Paul M. Pulver* for applicant.
Carolyn J. Askew for respondent, Hospital Employees' Union.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241; (1997), 142 D.L.R. (4th) 385; 41 C.R.R. (2d) 240; 207 N.R. 171; 97 O.A.C. 161; *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*, [1922] 2 A.C. 128 (C.P.).

DÉCISIONS CITÉES:

Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail), [1991] 2 R.C.S. 5; (1991), 81 D.L.R. (4th) 121; 91 CLLC 14,024; 122 N.R. 361; [1991] OLRB Rep 790; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; (1979), 98 D.L.R. (3d) 1; 79 CLLC 14,211; 28 N.R. 107; *Watt c. Liebelt*, [1999] 2 C.F. 455 (C.A.); *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*, [1997] B.C.J. No. 2410 (C.S.) (QL); *Kenbrent Holdings Ltd. c. Atkey*, [1995] A.C.F. n° 530 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo*, [1998] A.C.F. n° 284 (1^{re} inst.) (QL); *In re McEwen*, [1941] R.C.S. 542.

REQUÊTE pour empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*, au motif que la demanderesse a omis de communiquer au procureur général un avis d'une question constitutionnelle lors des procédures devant le Conseil canadien des relations du travail, comme le requièrent les paragraphes 57(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Charles B. Coutts et *Paul M. Pulver* pour la demanderesse.
Carolyn J. Askew pour le défendeur, Hospital Employees' Union.

Christopher G. Buchanan for respondent, British Columbia Nurses' Union.

Alan D. Louie and *Rodney Yamanouchi* for intervener, Attorney General of Canada.

John B. Edmond for intervener, Attorney General of British Columbia.

SOLICITORS OF RECORD:

Schiller, Coutts, Weiler & Gibson, Vancouver, for applicant.

Askew Fiorillo & Glavin, Vancouver, for respondent, Hospital Employees' Union.

Christopher G. Buchanan, Victory Square Law Office, Vancouver, for respondent, British Columbia Nurses' Union.

Deputy Attorney General of Canada for intervener, Attorney General of Canada.

John B. Edmond, Legal Services, Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria, for intervener, Attorney General of British Columbia.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ROTHSTEIN J.A.: The Attorney General of Canada moves for an order under Rule 107 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], that the applicant be prevented from questioning the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code*¹ in these judicial reviews of decisions of the Canada Labour Relations Board (CLRB).² The grounds are that the applicant failed to give notice to the Attorney General of Canada of the constitutional question in the proceedings before the CLRB as required by subsections 57(1) and (2) of the *Federal Court Act*,³ that the Attorney General is prejudiced thereby, and that there is no proper factual foundation for the constitutional question to be argued in this Court. Subsections 57(1) and (2) provide:

57. (1) Where the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of the legislature of

Christopher G. Buchanan pour le défendeur, British Columbia Nurses' Union.

Alan D. Louie et *Rodney Yamanouchi* pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

John B. Edmond pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Schiller, Coutts, Weiler & Gibson, Vancouver, pour la demanderesse.

Askew Fiorillo & Glavin, Vancouver, pour le défendeur, Hospital Employees' Union.

Christopher G. Buchanan, Victory Square Law Office, Vancouver, pour le défendeur, British Columbia Nurses' Union.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intervenant, le procureur général du Canada.

John B. Edmond, Services juridiques, Ministère du procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria, pour l'intervenant, le procureur général de la Colombie-Britannique.

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.: Le procureur général du Canada a déposé une requête pour que soit prononcée une ordonnance, en application de la règle 107 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], visant à empêcher la demanderesse de mettre en doute la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*¹ dans le cadre des demandes de contrôle judiciaire des décisions rendues par le Conseil canadien des relations du travail (CCRT)². Le procureur général invoque au soutien de sa requête que la demanderesse a omis de lui donner un avis de la question constitutionnelle lors des procédures devant le CCRT, comme le requièrent les paragraphes 57(1) et (2) de la *Loi sur la Cour fédérale*³, que cette omission lui a causé préjudice et qu'il n'existe aucun fondement factuel approprié qui justifie que la question constitutionnelle soit débattue devant la Cour. Les paragraphes 57(1) et (2) prévoient:

57. (1) Les lois fédérales ou provinciales ou leurs textes d'application, dont la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur

any province, or of regulations thereunder, is in question before the Court or a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, the Act or regulation shall not be adjudged to be invalid, inapplicable or inoperable unless notice has been served on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with subsection (2).

(2) Except where otherwise ordered by the Court or the federal board, commission or other tribunal, the notice referred to in subsection (1) shall be served at least ten days before the day on which the constitutional question described in that subsection is to be argued.

The Attorney General of Canada is supported in this motion by the respondents and by the Attorney General of British Columbia.

[2] For the purposes of this motion, the facts may be briefly stated. By decision No. 1552 of July 5, 1996, the CLRB certified the Hospital Employees' Union as the bargaining agent for a unit comprising all employees of the Gitxsan Treaty Society as represented by the Gitxsan Health Authority engaged in providing community health services in the province of British Columbia excluding the executive director, regional managers and medical doctors.

[3] The British Columbia Nurses' Union and the applicant sought reconsideration of that decision. By decision dated March 13, 1997, a reconsideration panel of the CLRB denied the applicant's reconsideration application. By decision issued June 12, 1997, the British Columbia Nurses' Union was certified to be the bargaining agent for a unit comprising all registered nurses and the registered nurses were excluded from the Hospital Employees' Union bargaining unit.

[4] In Court file A-603-96, the applicant seeks judicial review of the July 5, 1996 decision of the Board and in Court file A-507-97, the applicant seeks judicial review of the June 12, 1997 decision of the Board.

le plan constitutionnel, est en cause devant la Cour ou un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ne peuvent être déclarés invalides, inapplicables ou sans effet, à moins que le procureur général du Canada et ceux des provinces n'aient été avisés conformément au paragraphe (2).

(2) L'avis est, sauf ordonnance contraire de la Cour ou de l'office fédéral en cause, signifié au moins dix jours avant la date à laquelle la question constitutionnelle qui en fait l'objet doit être débattue.

La requête du procureur général du Canada est appuyée par les défendeurs et par le procureur général de la Colombie-Britannique.

[2] Aux fins de la présente requête, les faits de la cause seront brièvement exposés. Par la décision n° 1552 rendue le 5 juillet 1996, le CCRT a accredité le Hospital Employees' Union à titre d'agent négociateur d'une unité qui comprend, à l'exclusion du directeur général, des directeurs régionaux et des médecins, tous les employés de la Gitxsan Treaty Society représentée par la Gitxsan Health Authority, cette dernière se consacrant à prodiguer des services de santé communautaires dans la province de la Colombie-Britannique.

[3] La demanderesse et le British Columbia Nurses' Union ont cherché à faire réexaminer cette décision. Par une décision datée du 13 mars 1997, une formation du CCRT chargée de réexaminer la décision a rejeté la demande de réexamen présentée par la demanderesse. Par une décision datée du 12 juin 1997, le British Columbia Nurses' Union a été accredité à titre d'agent négociateur d'une unité qui comprend toutes les infirmières autorisées; ces dernières ont alors été exclues de l'unité de négociation du Hospital Employees' Union.

[4] Dans le dossier n° A-603-96, la demanderesse conteste par voie de contrôle judiciaire la décision rendue par le Conseil en date du 5 juillet 1996; dans le dossier n° A-507-97, la demanderesse conteste par voie de contrôle judiciaire la décision rendue par le Conseil en date du 12 juin 1997.

[5] Applicant's counsel explained that it is the applicant's position that the Hereditary Chiefs of the Gitxsan people had the Aboriginal right to control the delivery of health care to the Gitxsan people, that labour relations falls under the delivery of health care services to the Gitxsan and that the decision of the CLRB to certify bargaining agents unjustifiably infringes the Aboriginal right at issue contrary to subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Subsection 35(1) provides:

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

[6] The applicant concedes that no notice of constitutional question was served on the Attorney General of Canada or the attorneys general of the provinces with respect to the proceedings before the CLRB. However, the applicant says first, because there was no hearing before the CLRB, it was not required to provide the notice contemplated under subsection 57(1); second, the attorneys general have not demonstrated prejudice by not being given notice and absent prejudice the attorneys general cannot rely on subsection 57(1); and third, any necessary constitutional evidence that the attorneys general might have introduced before the CLRB may be introduced in this Court.

[7] A preliminary question is whether the CLRB had the jurisdiction to consider the constitutional question raised by the applicant. All parties and interveners argued that it did. They relied on paragraph 16(p) of the *Canada Labour Code* which gives the Board jurisdiction to decide any question that may arise in proceedings, as well as the Supreme Court decisions in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*⁴ and *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*.⁵ I proceed on the basis that the CLRB had jurisdiction to consider the constitutional question.

[5] L'avocat de la demanderesse a expliqué que, selon sa cliente, les chefs héréditaires chez le peuple gitxsan possèdent un droit ancestral de surveillance de la prestation des soins de santé destinés au peuple gitxsan, que les relations de travail concernent la prestation de services de soins de santé aux Gitxsans et que la décision du CCRT d'accréditer des agents négociateurs empiète sur le droit ancestral en question de manière injustifiée, ce qui contrevient au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Le paragraphe 35(1) prévoit:

35. (1) Les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

[6] La demanderesse admet qu'aucun avis d'une question constitutionnelle n'a été signifié au procureur général du Canada ou aux procureurs généraux des provinces relativement aux procédures devant le CCRT. Elle soutient toutefois que, premièrement, elle n'était pas tenue de communiquer l'avis prévu au paragraphe 57(1) puisque aucune audition n'a été tenue devant le CCRT; deuxièmement, que les procureurs généraux n'ont pas démontré qu'ils ont subi un préjudice par suite du défaut d'avis et que, en l'absence de préjudice, ces derniers ne peuvent se fonder sur le paragraphe 57(1); troisièmement, que toute la preuve pertinente en matière constitutionnelle que les procureurs généraux auraient pu présenter devant le CCRT peut être présentée devant la Cour.

[7] La question préliminaire consiste à savoir si le CCRT avait la compétence voulue pour examiner la question constitutionnelle soulevée par le demandeur. Les parties et les intervenants ont tous soutenu qu'il avait cette compétence, en s'appuyant sur l'alinéa 16p) du *Code canadien du travail*, lequel confère au Conseil le pouvoir de trancher toute question qui peut se poser dans l'instance, de même que sur les arrêts de la Cour suprême *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*⁴ et *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*⁵. Je pars donc de la prémisse que le CCRT avait compétence pour connaître la question constitutionnelle.

[8] As to whether notice of the constitutional question need have been served under subsection 57(1) of the *Federal Court Act*, with respect to the proceedings before the CLRB, the applicant says there was no oral hearing before the Board. Form 2.1 provided in the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 20)], required that notice be given of the date, time and place when the constitutional question was to be “heard”. As the Board never convened an oral hearing, the applicant could not comply with subsection 57(1) because it could not give notice of any date, time or place of a hearing. Part of Form 2.1 provided:

FORM 2.1

. . .

You are hereby advised that (*name of party*) intends to question the constitutional validity, applicability or effect (*state which*) of (*identify the particular provision*) in this proceeding, to be heard on (*day, date and time*) at (*place*).

[9] Form 2.1 must be adapted to the particular circumstances. Rule 301.1 [as enacted *idem*, s. 2] of the *Federal Court Rules* provided:

Rule 301.1 Notice of a constitutional question under section 57 of the Act shall be in substantially the same form as Form 2.1 set out in the Appendix. [Emphasis added.]

I emphasize the word “substantially” to highlight that the Rules recognize that Form 2.1 may not, as set out, apply strictly in all cases. Subsection 57(1) applies not only to proceedings in the Federal Court but also to proceedings before federal boards, commissions or other tribunals. Some tribunals such as the CLRB do not hold oral hearings in all cases. When it is not known whether an oral hearing will be held, any party wishing to raise a constitutional challenge to the validity, applicability or operability of a statute must still notify the attorneys general of its intention to do so. While I do not here prescribe the form of notice, in the circumstances, I would think it advisable for counsel to indicate that an oral hearing may not be

[8] Quant à savoir si l’avis de la question constitutionnelle aurait dû être signifié en application du paragraphe 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* relativement à l’instance devant le CCRT, la demanderesse fait valoir qu’il n’y a pas eu d’audition devant le Conseil. La formule 2.1 annexée aux *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (édicte par DORS/92-43, art. 20)] exigeait qu’un avis soit communiqué quant à la date, à l’heure et au lieu où serait «entendue» la question constitutionnelle. Comme le Conseil n’a jamais convoqué d’audition, la demanderesse ne pouvait donc se conformer aux exigences du paragraphe 57(1) puisqu’elle ne pouvait donner d’avis relativement à une date, à une heure ou à un lieu pour la tenue d’une audience. La formule 2.1 prévoyait notamment ce qui suit:

FORMULE 2.1

[. . .]

Vous êtes avisé par les présentes que (*nom de la partie*) a l’intention de contester la validité, l’applicabilité ou l’effet, sur le plan constitutionnel (*préciser lequel*) de (*préciser les dispositions en cause*) dans cette procédure devant être entendue le (*jour*), (*date*), à (*heure*), à (*le lieu*).

[9] La formule 2.1 doit être adaptée aux circonstances particulières. La règle 301.1 [édicte, *idem*, art. 2] des *Règles de la Cour fédérale* prévoyait:

Règle 301.1 La forme de l’avis d’une question constitutionnelle prévu à l’article 57 de la Loi correspond essentiellement à la formule 2.1 contenue à l’annexe. [Non souligné dans l’original.]

Je mets l’accent sur le terme «essentiellement» pour souligner le fait que les Règles préoyaient que la formule 2.1, telle qu’elle était énoncée, pouvait ne pas s’appliquer de façon systématique dans tous les cas. Le paragraphe 57(1) s’applique non seulement aux procédures instruites devant la Cour fédérale, mais également aux procédures instruites devant un office fédéral. Certains tribunaux, tel le CCRT, ne tiennent pas d’audition dans tous les cas. Lorsqu’on ne sait pas si une audition aura lieu, toute partie qui désire amorcer une contestation sur le plan constitutionnel relativement à la validité, à l’applicabilité ou à l’effet d’une loi demeure tenue d’aviser les procureurs généraux de son intention. Bien que je ne prescrive

convened and that the attorneys general should make it known to the tribunal that they wish to make written or oral submissions. If a hearing is scheduled, a further notice of the date, time and place is a simple matter of follow up. If no hearing is scheduled, then the tribunal will undoubtedly advise the attorneys general and give them a deadline for written submissions. I am not persuaded by the applicant's first argument.

[10] As to the question of the attorneys general not demonstrating prejudice, whether subsection 57(1) is mandatory has not conclusively been decided by the Supreme Court of Canada. However, except in limited circumstances which are not applicable here, I think the weight of judicial authority is in favour of the provision being mandatory. The question was canvassed by Sopinka J. in *Eaton v. Brant County Board of Education*⁶ where he explained why he was inclined to the view that subsection 57(1) is mandatory:

In view of the purpose of s. 109 of the *Courts of Justice Act*, I am inclined to agree with the opinion of the New Brunswick Court of Appeal in *D.N. v. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, *supra*, and Arbour J.A. dissenting in *Mandelbaum*, *supra*, that the provision is mandatory and failure to give the notice invalidates a decision made in its absence without a showing of prejudice. It seems to me that the absence of notice is in itself prejudicial to the public interest. I am not reassured that the Attorney General will invariably be in a position to explain after the fact what steps might have been taken if timely notice had been given. As a result, there is a risk that in some cases a statutory provision may fall by default.

There is, of course, room for interpretation of s. 109 and there may be cases in which the failure to serve a written notice is not fatal either because the Attorney General consents to the issue's being dealt with or there has been a *de facto* notice which is the equivalent of a written notice. It is not, however, necessary to express a final opinion on

pas en l'espèce la forme que doit revêtir l'avis en question, je pense qu'il convient pour l'avocat, dans les circonstances, d'indiquer qu'une audition peut ne pas être tenue et que les procureurs généraux devraient informer le tribunal de leur intention de présenter des observations orales ou écrites. Si une audition est prévue, la communication d'un autre avis quant à la date, à l'heure et au lieu n'est plus qu'une simple question de suivi du dossier. S'il est décidé qu'aucune audition ne sera tenue, le tribunal en avisera sans doute les procureurs généraux et leur fixera une date d'échéance pour le dépôt de leurs observations écrites. Je ne suis pas convaincu par le premier argument de la demanderesse.

[10] Quant à la prétention selon laquelle les procureurs généraux n'ont pas démontré qu'ils ont subi un préjudice, la question du caractère obligatoire du paragraphe 57(1) n'a pas été tranchée de façon décisive par la Cour suprême du Canada. Cependant, à l'exception de certaines circonstances qui ne s'appliquent pas en l'espèce, j'estime que la jurisprudence penche en faveur du caractère obligatoire de cette disposition. La question a fait l'objet d'un examen par le juge Sopinka dans l'arrêt *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*⁶, dans lequel il expliquait la raison pour laquelle il était enclin à favoriser la thèse du caractère obligatoire du paragraphe 57(1):

Compte tenu de l'objet de l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, je suis enclin à être d'accord avec l'opinion exprimée par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans *D.N. c. New Brunswick (Minister of Health & Community Services)*, précité, et par le juge Arbour, dissidente, dans l'arrêt *Mandelbaum*, précité, selon laquelle la disposition impose une obligation, et l'omission de donner l'avis invalide une décision rendue en son absence sans que l'existence d'un préjudice ait été prouvée. Il me semble que l'absence d'avis est préjudiciable en soi à l'intérêt public. Je ne suis pas rassuré par le fait que le procureur général sera inmanquablement en mesure d'expliquer après coup quelles mesures auraient pu être prises si l'avis avait été donné au moment opportun. Il y a donc un risque que, dans certains cas, une disposition législative puisse être annulée par défaut.

Il y a naturellement place à interprétation en ce qui concerne l'art. 109, et il peut se présenter des cas où l'omission de signifier un avis par écrit n'est pas fatale parce que le procureur général donne son consentement à ce que la question soit examinée ou parce qu'il y a eu un avis *de facto* qui équivaut à un avis par écrit. Il n'est toutefois

these questions in that I am satisfied that under either strand of authority the decision of the Court of Appeal is invalid. No notice or any equivalent was given in this case and in fact the Attorney General and the courts had no reason to believe that the Act was under attack. Clearly, s. 109 was not complied with and the Attorney General was seriously prejudiced by the absence of notice.⁷

I think these comments suggest that the requirement to give notice in accordance with subsection 57(1) is mandatory (except in limited circumstances, i.e. where the attorneys general consent or where there has been *de facto* notice) and that the presence or absence of prejudice is irrelevant.

[11] In any event, the attorneys general have demonstrated prejudice in this case. They advance a number of areas in which constitutional evidence would be relevant in determining the constitutional question put forward by the applicant. In particular, facts relating to the nature of the Aboriginal right claimed, whether the Aboriginal right has existed continuously, whether it has been infringed and if infringed whether the infringement is justified, are all legitimate evidentiary areas. See for example, *Watt v. Liebelt*.⁸ I am satisfied that the attorneys general have demonstrated prejudice. The second argument of the applicant cannot be accepted.

[12] As to the applicant's third argument, that constitutional evidence may be introduced in this Court, the applicant has made reference to some authorities that suggest that where jurisdictional issues are in question, evidence may be introduced at the judicial review stage. See for example, *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*,⁹ *Kenbrent Holdings Ltd. v. Atkey*,¹⁰ and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Toledo*.¹¹

[13] In *In re McEwen*,¹² Rinfret J. refers to the seminal case of *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*¹³ in

pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur ces questions, car je suis convaincu que, selon l'une ou l'autre tendance de la jurisprudence, la décision de la Cour d'appel n'est pas valide. Aucun avis ou quelque équivalent n'a été donné en l'espèce et, en fait, le procureur général et les tribunaux n'avaient aucune raison de croire que la Loi était contestée. Manifestement, l'art. 109 n'a pas été respecté et le procureur général a subi un préjudice grave en raison de l'absence d'avis⁷.

J'estime que ces commentaires indiquent qu'il existe une obligation de communiquer un avis en conformité avec le paragraphe 57(1) (sauf dans certaines circonstances, soit lorsque les procureurs généraux consentent à l'examen de la question ou lorsqu'il y a eu un avis *de facto*) et que la présence ou l'absence de préjudice n'est pas un facteur pertinent.

[11] Quoi qu'il en soit, les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice en l'espèce. Ils énumèrent un certain nombre d'éléments au sujet desquels la preuve en matière constitutionnelle serait pertinente relativement à la résolution de la question constitutionnelle soulevée par la demanderesse. Plus particulièrement, les considérations liées à la nature du droit ancestral revendiqué, la question de savoir si le droit ancestral a existé de façon continue, la question de savoir s'il y a empiètement sur ce droit et, dans l'affirmative, si l'empiètement peut être justifié, constituent toutes des éléments de preuve légitimes. Voir à cet égard *Watt c. Liebelt*⁸. Je suis convaincu que les procureurs généraux ont démontré qu'ils ont subi un préjudice. Le deuxième argument de la demanderesse doit donc être rejeté.

[12] En ce qui concerne le troisième argument soulevé par la demanderesse, à savoir que la preuve en matière constitutionnelle peut être présentée devant la Cour, la demanderesse a cité de la jurisprudence à l'appui de la thèse selon laquelle lorsqu'il s'agit de questions relatives à la compétence, il est permis de présenter des éléments de preuve à l'étape du contrôle judiciaire. Voir à cet égard *Westbank First Nation v. British Columbia (Labour Relations Board)*⁹; *Kenbrent Holdings Ltd. c. Atkey*¹⁰, et *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Toledo*¹¹.

[13] Dans l'arrêt *In re McEwen*¹², le juge Rinfret a cité la décision qui fait autorité *Rex v. Nat Bell*

which Lord Sumner, delivering the judgment of the Privy Council, squarely addressed the issue. Having regard to the *dicta* of Lord Sumner, I think the applicant is correct that on judicial review evidence extrinsic to the record before the tribunal whose decision is being reviewed may be introduced. However, the opportunity to do so is limited to those circumstances in which the only way to get at the want of jurisdiction is by the bringing of such new evidence before the reviewing Court. In *McEwen*, Rinfret J. quotes from *Nat Bell Liquors* as follows:

The subject was fully considered in *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*. In that case, Lord Sumner, delivering the judgment of their Lordships of the Privy Council, said (p. 153):

In *Reg. v. Bolton*, Lord Denman, in a well-known passage, says: "The case to be supposed is one * * * in which the Legislature has trusted the original, it may be (as here) the final, jurisdiction on the merits to the magistrates below; in which this Court has no jurisdiction as to the merits either originally or on appeal. All that we can then do * * * is to see that the case was one within their jurisdiction, and that their proceedings on the face of them are regular and according to law * * * Where the charge laid before the magistrate, as stated in the information, does not amount in law to the offence over which the statute gives him jurisdiction, his finding the party guilty by his conviction in the very terms of the statute would not avail to give him jurisdiction; the conviction would be bad on the face of the proceedings, all being returned before us. Or if, the charge being really insufficient, he had mis-stated it in drawing up the proceedings, so that they would appear to be regular, it would be clearly competent to the defendant to show to us by affidavits what the real charge was, and, that appearing to have been insufficient, we would quash the conviction; * * * But, as in this latest case, we cannot get at the want of jurisdiction but by affidavits, of necessity we must receive them. It will be observed, however, that here we receive them, not to show that the magistrate has come to a wrong conclusion, but that he never ought to have begun the inquiry * * *

At page 154:

The law laid down in *Reg. v. Bolton* has never since been seriously disputed in England.

*Liquors Limited*¹³, dans laquelle lord Sumner, au nom du Conseil privé, a abordé directement cette question. En tenant compte des opinions incidentes exprimées par lord Sumner, je suis d'avis que la demanderesse a raison d'affirmer qu'à l'étape du contrôle judiciaire, il est permis de présenter une preuve extrinsèque au dossier soumis devant le tribunal dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire. Cependant, la possibilité de le faire se limite aux cas où le seul moyen d'attaquer le défaut de compétence est de présenter cette nouvelle preuve devant la cour de révision. Dans l'arrêt *McEwen*, le juge Rinfret a cité les extraits suivants de l'arrêt *Nat Bell Liquors*:

[TRADUCTION] La question a été examinée en détail dans l'arrêt *Rex v. Nat Bell Liquors Limited*. Dans cet arrêt, lord Sumner, s'exprimant au nom du Conseil privé, a dit (à la p. 153):

Dans l'arrêt *Reg. v. Bolton*, lord Denman a dit, dans un extrait bien connu: «Il faut tenir pour acquis que [. . .] la législature a conféré aux juges d'instance inférieure la compétence en première instance, voire même la compétence finale (comme en l'espèce), relativement au fond et que la Cour n'a ni compétence en première instance ni compétence en appel quant au fond. Tout ce que nous pouvons donc faire [. . .] est de nous assurer que l'affaire relevait de leur compétence et que la procédure qu'ils ont suivie était, à première vue, régulière et conforme à la loi [. . .] Lorsque le juge est saisi d'une accusation qui, telle qu'elle apparaît dans la dénonciation, n'équivaut pas en droit à l'infraction pour laquelle la loi lui donne compétence, le fait qu'il déclare la partie coupable en s'appuyant sur le libellé même de la loi n'a pas pour effet de lui donner compétence; la déclaration de culpabilité résulterait d'une procédure manifestement erronée et le dossier nous serait déféré. Ou si, l'accusation étant réellement irrégulière, elle avait été énoncée de façon trompeuse dans les procédures, de sorte que celles-ci paraissent régulières, il serait manifestement loisible au défendeur de nous démontrer par voie d'affidavits la véritable nature de l'accusation, et vu le caractère irrégulier de cette dernière, nous annulerions la déclaration de culpabilité [. . .] Cependant, étant donné que, comme dans l'affaire susmentionnée, nous ne pouvons nous prononcer sur le défaut de compétence qu'en nous fondant sur les affidavits, nous n'avons d'autre choix que de les accepter. Il faut toutefois souligner que nous les acceptons en l'espèce non pas pour démontrer que le juge a tiré une conclusion erronée, mais bien pour démontrer qu'il n'aurait jamais dû entreprendre l'examen de l'affaire [. . .]

À la page 154:

Le droit établi dans l'arrêt *Reg. v. Bolton* n'a jamais été sérieusement contesté depuis en Angleterre.

At page 160:

When it is contended that there are grounds for holding that a decision has been given without jurisdiction, this can only be made apparent on new evidence brought ad hoc before the Superior Court. How is it ever to appear within the four corners of the record that the members of the inferior court were unqualified, or were biased, or were interested in the subject-matter?¹⁴

In the case at bar, the issue is one of the constitutional jurisdiction of the CLRB under the *Canada Labour Code*. However, this is not a case in which the want of jurisdiction of the Board could only be made apparent on new evidence. The opportunity to introduce new evidence before the reviewing Court is not open simply on the grounds that the applicant chose not to introduce sufficient evidence before the Tribunal or did not comply with required procedure so as to enable the attorneys general to have the opportunity to do so.

[14] In *Eaton*, Sopinka J. said that it was essential for the Supreme Court to have the benefit of a record that is the result of a thorough examination of the constitutional issues in the court or tribunal from which the appeal arises. He stated:

The purpose of s. 109 is obvious. In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise.¹⁵

[15] In my respectful view, the same principle is applicable in this Court. The essential purpose of judicial review is the review of decisions, not the

À la page 160:

Lorsqu'on prétend qu'il y a des motifs pour conclure qu'une décision a été rendue en l'absence de compétence, seuls de nouveaux éléments de preuve présentés *ad hoc* devant la cour supérieure peuvent le démontrer. Comment pourrait-on démontrer autrement, vu les limites du dossier, que les membres de la juridiction inférieure n'étaient pas qualifiés, ou étaient biaisés, ou avaient un intérêt en la matière¹⁴?

En l'espèce, la question qui se pose touche la compétence constitutionnelle du CCRT sous le régime du *Code canadien du travail*. Cependant, il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle seuls de nouveaux éléments de preuve peuvent faire apparaître le défaut de compétence du Conseil. Il n'est pas loisible à la demanderesse de présenter de nouveaux éléments de preuve devant la cour de révision pour le simple motif qu'elle a choisi de ne pas en présenter suffisamment devant le tribunal ou ne s'est pas conformée à la procédure requise qui aurait donné l'occasion aux procureurs généraux d'en présenter.

[14] Dans l'arrêt *Eaton*, le juge Sopinka a déclaré qu'il était essentiel pour la Cour suprême de disposer d'un dossier qui résulte d'un examen approfondi des questions constitutionnelles soulevées devant la cour ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel. Il a dit:

L'objectif de l'art. 109 est évident. Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel¹⁵.

[15] Je suis d'avis que le même principe est applicable en l'espèce. Le but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher,

determination, by trial *de novo*, of questions that were not adequately canvassed in evidence at the tribunal or trial court. The latter is what the applicant is inappropriately proposing for this judicial review. This is not the necessity to which Lord Sumner was referring in *Nat Bell Liquors*, *supra*. The Court will not entertain new evidence in these circumstances.

[16] The motion of the Attorney General of Canada will be granted with costs. In this judicial review the applicant will not be permitted to question the constitutional validity, applicability or operability of the *Canada Labour Code*.

¹ R.S.C., 1985, c. L-2, as am.

² Now the Canada Industrial Labour Relations Board.

³ R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19].

⁴ [1991] 2 S.C.R. 5.

⁵ [1980] 1 S.C.R. 115.

⁶ [1997] 1 S.C.R. 241.

⁷ *Id.*, at p. 267. While Justice Sopinka was referring to s. 109 of the *Courts of Justice Act* [R.S.O. 1990, c. C.43], s. 57(1) of the *Federal Court Act* is substantially the same as that provision.

⁸ [1999] 2 F.C. 455 (C.A.), *per* Strayer J.A.

⁹ [1997] B.C.J. No. 2410 (S.C.) (QL), at paras. 36 and 38.

¹⁰ [1995] F.C.J. 530 (T.D.) (QL), at para. 7.

¹¹ [1998] F.C.J. 284 (T.D.) (QL), at paras. 7 and 8.

¹² [1941] S.C.R. 542.

¹³ [1922] 2 A.C. 128 (P.C.).

¹⁴ At p. 562.

¹⁵ *Supra*, note 6, at pp. 264-265.

par un procès *de novo*, des questions qui n'ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance. C'est cette dernière thèse qui est plaidée à tort par la demanderesse dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire. Ce n'est pas la nécessité à laquelle faisait référence lord Sumner dans l'arrêt *Nat Bell Liquors*, précité. La Cour n'examinera pas de nouveaux éléments de preuve dans les circonstances.

[16] La requête présentée par le procureur général du Canada est accueillie avec dépens. Dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, il n'est pas permis à la demanderesse de contester la validité, l'applicabilité ou l'effet sur le plan constitutionnel du *Code canadien du travail*.

¹ L.R.C. (1985), ch. L-2, mod.

² Aujourd'hui le Conseil canadien des relations industrielles.

³ L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19].

⁴ [1991] 2 R.C.S. 5.

⁵ [1980] 1 R.C.S. 115.

⁶ [1997] 1 R.C.S. 241.

⁷ *Id.*, à la p. 267. Bien que le juge Sopinka renvoyait à l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* [L.R.O. 1990, ch. C.43], l'art. 57(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* a essentiellement la même teneur.

⁸ [1999] 2 C.F. 455 (C.A.), juge Strayer.

⁹ [1997] B.C.J. n° 2410 (C.S.) (QL), aux par. 36 et 38.

¹⁰ [1995] A.C.F. n° 530 (1^{re} inst.) (QL), au par. 7.

¹¹ [1998] A.C.F. n° 284 (1^{re} inst.) (QL), aux par. 7 et 8.

¹² [1941] R.C.S. 542.

¹³ [1922] 2 A.C. 128 (C.P.).

¹⁴ À la p. 562.

¹⁵ *Supra*, note 6, aux p. 264 et 265.