

A-749-00  
2002 FCA 121

A-749-00  
2002 CAF 121

**Air Canada** (*Appellant*)

**Air Canada** (*appelante*)

v.

c.

**The Commissioner of Competition and I.M.P. Group Ltd (CanJet Airlines)** (*Respondents*)

**Le Commissaire de la concurrence et I.M.P. Group Ltd (CanJet Airlines)** (*intimés*)

*INDEXED AS: AIR CANADA v. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: AIR CANADA c. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) (C.A.)*

Court of Appeal, Richard C.J., Evans and Malone JJ.A.  
—Toronto, February 4; Ottawa, March 22, 2002.

Cour d'appel, juge en chef Richard, juges Evans et Malone, J.C.A.—Toronto, 4 février; Ottawa, 22 mars 2002.

*Competition — Competition Tribunal affirming, extending temporary order made by Commissioner of Competition under Competition Act, s. 104.1 — Order prohibiting Air Canada from offering discount fares on certain routes operated by competitor — Latter offering new low-fare air service in Canada — Complaining to Competition Bureau about conduct of Air Canada in lowering fares — Commissioner determining Air Canada's conduct anti-competitive, competitor likely to be eliminated as competitor on specific routes in absence of temporary order — Tribunal relying on Competition Tribunal Act, s. 11(1) (authorizing it to hear s. 104.1(7) application and "any related matters") for jurisdiction — Tribunal erred in law in examining legality of Commissioner's opinion Air Canada's discount fares constituting anti-competitive conduct act — Competition Act, s. 104.1(7) permitting Tribunal to confirm temporary order if conditions in s. 104.1(1)(b) existed — Expressly identifying aspects of temporary order Tribunal may review, not empowering Tribunal to review other aspects of order — CTA, s. 11 identifying matters lone member can decide — Not conferring powers Tribunal as normally constituted would not have — Jurisdiction to review temporary restraining order limited by s. 104.1(7) to issue of harm.*

*Concurrence — Le Tribunal de la concurrence a confirmé et prorogé une ordonnance provisoire rendue par le Commissaire de la concurrence en vertu de l'art. 104.1 de la Loi sur la concurrence — L'ordonnance interdisait à Air Canada d'offrir des tarifs réduits sur certains trajets desservis par un concurrent — Ce dernier offrait un nouveau service aérien à bas prix au Canada — Il s'est plaint auprès du Bureau de la concurrence du fait qu'Air Canada avait réduit ses tarifs — Le Commissaire était d'avis qu'Air Canada s'était livrée à des agissements anti-concurrentiels et que le concurrent, en l'absence d'une ordonnance provisoire, risquait d'être éliminé sur certains trajets — Pour justifier sa compétence, le Tribunal s'est fondé sur l'art. 11(1) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence (l'autorisant à statuer sur toute demande présentée en application de l'art. 104.1(7) et sur «toute question afférente») — Le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a examiné la légalité de l'opinion du Commissaire selon laquelle les tarifs réduits d'Air Canada constituaient des agissements anti-concurrentiels — L'art. 104.1(7) de la Loi sur la concurrence permet au Tribunal de confirmer une ordonnance provisoire si les conditions énoncées dans l'art. 104.1(1)(b) existent — Il mentionne expressément les éléments d'une ordonnance provisoire susceptibles de révision par le Tribunal et ne donne pas au Tribunal le pouvoir de réviser d'autres éléments de l'ordonnance — L'art. 11 de la LTC énonce les questions sur lesquelles peut statuer un membre siégeant seul — Il ne confère pas de pouvoirs que le Tribunal normalement constitué n'aurait pas — La compétence permettant d'examiner les ordonnances d'interdiction provisoires est limitée par l'art. 104.1(7) à la question des dommages.*

*Practice — Mootness — Appeal from decision of Competition Tribunal affirming, extending temporary order made by Commissioner of Competition under Competition Act, s. 104.1 — Appeal moot as order subject of appeal*

*Pratique — Caractère théorique — Appel contre une décision du Tribunal de la concurrence confirmant et prorogeant une ordonnance provisoire rendue par le Commissaire de la concurrence en vertu de l'art. 104.1 de la*

*expired more than year ago — Court should nevertheless hear appeal — Expiry of temporary order not removing adversarial relationship between parties to appeal — Issues raised herein likely to arise in subsequent disputes between Air Canada, Commissioner — Appeal of sufficient public interest to justify Court's hearing it, even though moot — Appeal raising important questions about role played by Tribunal in reviewing exercise of Commissioner's powers.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Competition Tribunal affirming, extending temporary order of Commissioner of Competition prohibiting Air Canada from selling certain fares on certain routes on ground Air Canada engaging in anti-competitive conduct, could result in elimination of competitor — Air Canada can apply to Trial Division under Federal Court Act, s. 18.1 for review of temporary order based on abuse of power conferred on Commissioner by Parliament — Subject to limited grounds on which Tribunal can review order under Competition Act, s. 104.1(7), strong privative clause in s. 104.1(11) purporting to exclude judicial review of other aspects of order — Such provisions presumed not to preclude judicial review of exercise of statutory power — Nothing in s. 104.1(11) avoiding application of presumption.*

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal affirming and extending a temporary order made by the Commissioner of Competition under section 104.1 of the *Competition Act*. Subparagraph 104.1(1)(b)(ii) permits the Commissioner to make a temporary order prohibiting anti-competitive acts if the Commissioner considers that in the absence of a temporary order a competitor will suffer a significant loss of revenue. Under subsection 104.1(7) the Tribunal may confirm the temporary order if it is satisfied that the conditions in paragraph 104.1(1)(b) existed. Subsection 104.1(11) prohibits review in any court of temporary orders, except as provided in subsection 104.1(7). The order prohibited Air Canada from offering discount fares on certain routes operated by a competitor, CanJet Airlines. In April 2000, the respondent I.M.P. Group Ltd. announced the launch of CanJet Airlines which would offer a new low-fare air service in Canada. On September 1, 2000, Air Canada responded to CanJet's entry into the market by announcing reduced fares on some competing routes, including L14EASTS fares on three routes out of Halifax, Nova Scotia, and two out of Windsor, Ontario. A few days later, CanJet

*Loi sur la concurrence — Question théorique puisque l'ordonnance frappée d'appel a pris fin il y a plus d'un an — Néanmoins, la Cour doit entendre l'appel — L'expiration de l'ordonnance provisoire n'a pas mis fin à la relation conflictuelle entre les parties à l'appel — Les questions soulevées dans le présent appel se poseront vraisemblablement dans des litiges ultérieurs entre Air Canada et le Commissaire — L'appel présente un intérêt public suffisant pour justifier son audition, même s'il est théorique — Il soulève d'importantes questions au sujet du rôle que joue le Tribunal lorsqu'il examine la façon dont le Commissaire exerce ses pouvoirs.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Tribunal de la concurrence a confirmé et prorogé une ordonnance provisoire rendue par le Commissaire de la concurrence interdisant à Air Canada d'offrir certains tarifs sur certains trajets au motif qu'Air Canada s'est livrée à des agissements anti-concurrentiels, susceptibles d'éliminer un concurrent — Air Canada peut, en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale, présenter à la Section de première instance une demande de contrôle d'une ordonnance provisoire si elle estime que le Commissaire abuse des pouvoirs que lui a conférés le législateur — Sous réserve des motifs limités pour lesquels le Tribunal peut réviser une ordonnance rendue en vertu de l'art. 104.1(7), la clause privative étanche figurant à l'art. 104.1(11) vise à interdire le contrôle judiciaire d'autres aspects d'une ordonnance — Les dispositions de cette nature sont présumées ne pas empêcher les tribunaux de statuer sur la légalité de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi — Rien dans le libellé de l'art. 104.1(11) qui n'empêche cette présomption d'entrer en jeu.*

Il s'agit d'un appel interjeté contre une décision du Tribunal de la concurrence qui a confirmé et prorogé une ordonnance provisoire que le Commissaire de la concurrence avait rendue en vertu de l'article 104.1 de la *Loi sur la concurrence*. Le sous-alinéa 104.1(1)(b)(ii) permet au Commissaire de rendre une ordonnance provisoire interdisant des agissements anti-concurrentiels s'il estime qu'en cas de non-prononcé de l'ordonnance, un compétiteur subira une perte importante de revenu. En vertu du paragraphe 104.1(7), le Tribunal peut confirmer l'ordonnance provisoire s'il est convaincu que les situations visées à l'alinéa 104.1(1)(b) existaient. Sous réserve du paragraphe 104.1(7), le paragraphe 104.1(11) interdit tout examen judiciaire des ordonnances provisoires. L'ordonnance interdisait à Air Canada d'offrir des tarifs réduits sur certains trajets desservis par un concurrent, CanJet Airlines. En avril 2000, l'intimée I.M.P. Group Ltd. a annoncé le lancement de CanJet Airlines, qui offrait un nouveau service aérien à bas prix au Canada. Le 1<sup>er</sup> septembre 2000, Air Canada a répondu à l'entrée de CanJet dans le marché en annonçant des tarifs réduits sur certains trajets concurrents, dont les tarifs L14EASTS offerts

complained to the Competition Bureau about the conduct of Air Canada in lowering its fares. On October 12, 2000, the Commissioner issued a 20-day temporary order prohibiting Air Canada from selling L14EASTS fares “or similar fares” on the five routes out of Halifax and Windsor where CanJet was competing. The Commissioner was of the opinion that Air Canada had engaged in possible anti-competitive conduct and that, in the absence of a temporary order, CanJet was likely to be eliminated as a competitor on specific routes and would suffer other harm that could not be adequately remedied by the Tribunal. The Tribunal confirmed and varied the Commissioner’s order by extending it until December 31, 2000 and deleting the words “any similar fares” because of their vagueness. The Tribunal held that, on a subsection 104.1(7) review, it was not confined to considering the issue of harm, because subsection 11(1) of the *Competition Tribunal Act* authorized it to hear and determine the subsection 104.1(7) application and “any related matters”. According to the Tribunal, there was sufficient evidence before it to conclude that, at the time of the hearing, if no order were in force, Air Canada’s fare reductions were likely to cause harm to CanJet, namely, a significant loss of revenue. Two main issues were raised: (1) whether the appeal was moot, and (2) whether the Competition Tribunal has jurisdiction under subsection 104.1(7) to consider whether the Commissioner has properly exercised the power under subsection 104.1(1) to prohibit the doing of “an act or thing that could in the opinion of the Commissioner constitute an anti-competitive act”.

*Held*, the appeal should be dismissed.

(1) The appeal was moot since the order that is the subject of the appeal expired more than a year ago. There was no longer any live controversy between the parties about the validity of the temporary restraining order issued by the Commissioner against Air Canada. However, the criteria prescribed by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)* indicated that the appeal should be heard for three reasons. First, the expiry of the temporary order did not remove the adversarial relationship between the parties. The issues raised herein are likely to arise in subsequent disputes between Air Canada and the Commissioner. Second, the relatively short duration of temporary restraining orders was likely to make it difficult for Air Canada to litigate in this Court the issues raised herein that have a significance beyond the facts of this case. Third, an appeal is of sufficient public interest to justify the Court’s

sur trois trajets partant de Halifax (Nouvelle-Écosse) et deux trajets partant de Windsor (Ontario). Quelques jours plus tard, CanJet s’est plainte auprès du Bureau de la concurrence du fait qu’Air Canada avait réduit ses tarifs. Le 12 octobre 2000, le Commissaire a rendu une ordonnance provisoire de 20 jours interdisant à Air Canada d’offrir des tarifs L14EASTS «ou des tarifs semblables» pour les cinq trajets partant de Halifax et de Windsor où CanJet lui faisait concurrence. Le Commissaire était d’avis qu’Air Canada s’était livrée à des agissements qui pourraient être anti-concurrentiels et que CanJet, en l’absence d’une ordonnance provisoire, risquait d’être éliminée à titre de concurrent sur certains trajets ou de souffrir d’autres dommages auxquels le Tribunal ne pourrait remédier adéquatement. Le Tribunal a confirmé et modifié l’ordonnance du Commissaire en la prorogeant jusqu’au 31 décembre 2000 et en éliminant de celle-ci les mots «des tarifs semblables» en raison de leur imprécision. Le Tribunal a conclu qu’en matière de révision visée par le paragraphe 104.1(7), il n’était pas limité à l’examen de la question du dommage parce que le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* l’autorisait à statuer sur toute demande présentée en application du paragraphe 104.1(7) et sur «toute question afférente». Selon le Tribunal, il disposait de suffisamment d’éléments de preuve pour lui permettre de conclure que, si aucune ordonnance n’était en vigueur au moment de l’audience, les réductions de tarifs d’Air Canada causeraient vraisemblablement des dommages à CanJet, à savoir une perte importante de revenu. Deux questions importantes ont été soulevées: 1) s’agissait-il d’un appel théorique? 2) le Tribunal de la concurrence a-t-il, en vertu du paragraphe 104.1(7), compétence pour examiner si le Commissaire a exercé convenablement le pouvoir, que lui confère le paragraphe 104.1(1), d’interdire l’accomplissement de «tout acte ou de [...] toute activité, qui, selon lui, pourrait constituer des agissements anti-concurrentiels».

*Arrêt*: l’appel est rejeté.

1) L’appel était théorique puisque l’ordonnance frappée d’appel a pris fin il y a plus d’un an. Il n’y a plus de litige actuel entre les parties au sujet de la validité de l’ordonnance d’interdiction provisoire rendue par le Commissaire contre Air Canada. Cependant, à la lumière des critères établis par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, l’appel doit être entendu pour trois motifs. Premièrement, l’expiration de l’ordonnance provisoire n’a pas mis fin à la relation conflictuelle entre les parties. Les questions soulevées en l’espèce se poseront vraisemblablement dans des litiges ultérieurs entre Air Canada et le Commissaire. Deuxièmement, la durée relativement courte des ordonnances d’interdiction provisoires faisait vraisemblablement en sorte qu’il était difficile pour Air Canada de plaider devant la Cour les questions soulevées dans le présent appel dont l’importance va au-delà des faits de

hearing it, even though it is moot. This appeal raised important questions about the role played by the Tribunal in reviewing the exercise of the Commissioner's powers. Air Canada's decision to exercise its right to seek a determination of the constitutional validity of the relevant provisions was in no way improper, and should not preclude the Court in its discretion from hearing and determining this appeal. The Court's discretion to determine a matter despite its mootness also enables it to restrict the issues that it will decide on an appeal to those that meet the *Borowski* criteria.

(2) The first matter to determine was whether the Tribunal had jurisdiction to scrutinize the Commissioner's opinion at all. Air Canada can apply to the Trial Division under *Federal Court Act*, section 18.1 for review of a temporary order based on abuse of power conferred on the Commissioner by Parliament. Subject to the limited grounds on which the Tribunal can review an order under subsection 104.1(7), the strong privative clause in subsection 104.1(11) purports to exclude judicial review of other aspects of the validity of an order. However, provisions of this kind are presumed not to preclude judicial review of the legal validity of the exercise of a statutory power. Nothing in subsection 104.1(11) avoids the application of the presumption. By expressly identifying the aspects of a temporary order that the Tribunal may review, namely the conditions set out in paragraph 104.1(1)(b), subsection 104.1(7) precludes the implication of some broader power in the Tribunal to review temporary orders issued by the Commissioner under subsection 104.1(1). The Tribunal stated that Parliament cannot have intended to bind Air Canada by orders issued without jurisdiction. But this overlooks the courts' traditional interpretation of preclusive clauses, including such strong clauses as that contained in subsection 104.1(11), which enables a person to seek relief in the Court from a manifest abuse of statutory power.

*Competition Tribunal Act*, subsection 11(1) identifies matters that the Chairman or a judicial member can hear and decide when sitting alone. It does not confer powers that the Tribunal as normally constituted would not have. Whether the Tribunal has this broad review jurisdiction when sitting with its regular quorum depends on the interpretation of subsection 8(1), which provides that on an application under *Competition*

l'espèce. Troisièmement, un appel est d'intérêt public suffisant pour justifier son audition même s'il est théorique. Le présent appel a soulevé d'importantes questions au sujet du rôle que joue le Tribunal lorsqu'il examine la façon dont le Commissaire exerce ses pouvoirs. La décision d'Air Canada d'exercer son droit de solliciter la détermination de la constitutionnalité des dispositions pertinentes n'était nullement inappropriée et ne doit pas empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de statuer sur le présent appel. Le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour de statuer sur une question malgré son caractère théorique lui permet également de circonscrire les questions qu'elle tranchera en appel à celles qui respectent les critères exposés dans l'arrêt *Borowski*.

2) La première question est de décider si le Tribunal avait compétence pour examiner l'opinion du Commissaire. Air Canada peut, en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, présenter à la Section de première instance une demande de contrôle d'une ordonnance provisoire, fondée sur un abus des pouvoirs que le législateur a conférés au Commissaire. Sous réserve des motifs limités pour lesquels le Tribunal peut réviser une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 104.1(7), la clause privative étanche figurant au paragraphe 104.1(11) vise à interdire le contrôle judiciaire d'autres aspects de la validité d'une ordonnance. Cependant, les dispositions de cette nature sont présumées ne pas empêcher les tribunaux de statuer sur la légalité de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi. Rien dans le libellé du paragraphe 104.1(11) n'empêche cette présomption d'entrer en jeu. En mentionnant expressément les éléments d'une ordonnance provisoire susceptibles de révision par le Tribunal, à savoir les conditions énoncées dans l'alinéa 104.1(1)b), le paragraphe 104.1(7) empêche qu'on déduise que le Tribunal jouit d'un pouvoir général de révision des ordonnances provisoires que le Commissaire rend en vertu du paragraphe 104.1(1). Le Tribunal a déclaré que le législateur ne peut avoir voulu qu'Air Canada soit liée par une ordonnance rendue en l'absence de toute compétence. Cependant, cela ne tient pas compte de la façon dont les tribunaux interprètent traditionnellement les clauses limitatives, y compris les clauses aussi étanches que celle figurant au paragraphe 104.1(11), qui permet à une personne de solliciter auprès de la Cour une réparation contre un abus manifeste de pouvoir légal.

Le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* énonce les questions sur lesquelles le président du Tribunal ou un autre juge membre du Tribunal peut statuer lorsqu'il siège seul. Il ne confère pas de pouvoirs que le Tribunal, normalement constitué, n'aurait pas. La réponse à la question de savoir si le Tribunal a cette compétence générale de révision, lorsqu'il siège en formation complète, repose sur

*Act*, Part VIII, the Tribunal may hear and determine “any matters related thereto”. Subsection 104.1 is in Part VIII. General examination by the Tribunal of the validity of a temporary order goes beyond the limits defined therein by Parliament. Whether the Tribunal is sitting with its regular quorum or under subsection 11(1) of the *Competition Tribunal Act*, its jurisdiction to review a temporary restraining order is limited by subsection 104.1(7) to the issue of harm. A review of the validity of the order on other grounds is not a matter related to a subsection 104.1(7) application. Subsections 8(1) and 11(1) of the *Competition Tribunal Act* are an inadequate basis for concluding that Parliament intended, in effect, to confer on the Tribunal the full judicial review jurisdiction of the Federal Court. It is highly implausible that Parliament intended the words “any related matter” in subsection 11(1), a provision that is not limited to subsection 104.1(7) applications, to nullify the express and specific limits imposed by subsection 104.1(7) on the scope of the Tribunal’s jurisdiction to review temporary orders issued under subsection 104.1(1). The Tribunal erred in law when it examined the legality of the Commissioner’s opinion that Air Canada’s discount fares could constitute anti-competitive conduct.

l’interprétation du paragraphe 8(1) qui prévoit que, sur demande présentée en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal peut statuer sur «toute question s’y rattachant». Le paragraphe 104.1(1) se situe dans la partie VIII. L’examen général par le Tribunal de la validité d’une ordonnance provisoire va au-delà des limites définies par le législateur. Peu importe que le Tribunal siège en formation complète ou suivant les dispositions du paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, le paragraphe 104.1(7) limite à la question des dommages sa compétence en matière d’examen des ordonnances d’interdiction provisoires. L’examen de la validité des ordonnances à la lumière d’autres motifs n’est pas une question afférente à une demande présentée en vertu du paragraphe 104.1(7). Les paragraphes 8(1) et 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* ne permettent pas de conclure que le législateur voulait en fait conférer au Tribunal la pleine compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Il est fort improbable que le législateur ait voulu que les mots «toute question afférente» figurant au paragraphe 11(1), disposition qui ne porte pas uniquement sur les demandes présentées en vertu du paragraphe 104.1(7), rendent sans effet les limites précises que ce paragraphe impose expressément quant à la portée de la compétence qu’a le Tribunal pour réviser les ordonnances provisoires rendues en vertu du paragraphe 104.1(1). Le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu’il a examiné la légalité de l’opinion du Commissaire selon laquelle les tarifs réduits d’Air Canada pouvaient constituer des agissements anti-concurrentiels.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Bill C-23, *An Act to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act*, 1st Sess., 37th Parl., 2001, cl. 13.1.

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), ss. 9(1) (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 37), 10(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45), 13 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24), 79 (as am. *idem*, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37), 104 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37), 104.1 (as enacted by S.C. 2000, c. 15, s. 15).

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 8(1) (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 41), 11(1) (as am. *idem*, s. 43; 2000, c. 15, s. 16).

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).

*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 341.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19), art. 9(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 10(1)a) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 31, art. 45), 13 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 24), 79 (mod., *idem*, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37), 104 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37), 104.1 (édicte par L.C. 2000, ch. 15, art. 15).

*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 8(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 41), 11(1) (mod., *idem*, art. 43; 2000, ch. 15, art. 16).

Pojet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, 1<sup>re</sup> sess., 37<sup>e</sup> Lég., 2001, art. 13.1.

*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 341.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

## CONSIDERED:

*Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321.

## REFERRED TO:

*Roberts v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303; (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (F.C.A.).

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2000), 10 C.P.R. (4th) 195) affirming and extending a temporary order made by the Commissioner of Competition under section 104.1 of the *Competition Act*, which prohibited Air Canada from offering discount fares on certain routes operated by a competitor. Appeal dismissed on the ground of mootness, although the Tribunal erred in law by examining the legality of the Commissioner's decision.

## APPEARANCES:

*Katherine L. Kay* and *Eliot N. Kolers* for appellant.

*Donald J. Rennie*, *Melanie Aitken* and *Donna C. Blois* for respondent Commissioner of Competition.

No one appearing for respondent I.M.P. Group Ltd.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Stikeman Elliott*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Commissioner of competition.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, for respondent I.M.P. Group Ltd.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

EVANS J.A.:

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; (1992), 92 D.L.R. (4th) 609; 42 C.P.R. (3d) 353; 138 N.R. 321.

## DÉCISION CITÉE:

*Roberts c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303; (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.F.).

APPEL d'une décision du Tribunal de la concurrence ((2000), 10 C.P.R. (4th) 195) confirmant et prorogeant une ordonnance provisoire rendue par le Commissaire de la concurrence en vertu de l'art. 104.1 de la *Loi sur la concurrence*, qui interdisait à Air Canada d'offrir des tarifs réduits sur certains trajets desservis par un concurrent. Appel rejeté en raison de son caractère théorique; cependant, le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu'il a examiné la légalité de la décision du Commissaire.

## ONT COMPARU:

*Katherine L. Kay* et *Eliot N. Kolers* pour l'appelante.

*Donald J. Rennie*, *Melanie Aitken* et *Donna C. Blois* pour l'intimé le Commissaire de la concurrence.

Personne n'a comparu pour l'intimée I.M.P. Group Ltd.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Stikeman Elliott*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le Commissaire de la concurrence.  
*Davies Ward Phillips & Vineberg LLP*, Toronto, pour l'intimée I.M.P. Group Ltd.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A.:

## A. INTRODUCTION

[1] This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal dated December 7, 2000, and reported as *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 195. In this decision the Tribunal affirmed and extended a temporary order made by the Commissioner of Competition under section 104.1 [as enacted by S.C. 2000, c. 15, s. 15] of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (as amended by R.S.C., 1985 (2nd Supp. ), c. 19, s. 19). The order prohibited Air Canada from offering discount fares on certain routes operated by a competitor, CanJet Airlines, a new entrant in the domestic air transportation market. The temporary order was varied and extended by the Tribunal, and expired on December 31, 2000. CanJet is now out of business.

[2] This appeal concerns the interpretation of the Commissioner's statutory power to issue temporary orders and the Tribunal's role in reviewing them. In particular, Air Canada alleges that the Tribunal erred in law by failing to review on a standard of correctness the Commissioner's opinion that Air Canada's discount fares "could constitute an anti-competitive act". The Tribunal also committed a legal error, it is argued, when it concluded that the facts before it established that, without the temporary order, CanJet was [at paragraph 87] "likely [to] suffer a significant loss of revenue" as a result of Air Canada's discounted fares. Accordingly, Air Canada submits, the Tribunal's order should be set aside, since there was no legal basis for either the Commissioner's opinion that Air Canada's conduct could constitute an anti-competitive act, or the Tribunal's conclusion that, without the temporary restraining order, CanJet was likely to sustain a significant loss of revenue.

[3] The broader context of these proceedings is Air Canada's acquisition of the failing Canadian Airlines International Ltd. in the summer of 2000. Rather than allowing Canadian Airlines to become bankrupt, the Commissioner approved the merger, even though Air

## A. INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision du 7 décembre 2000 du Tribunal de la concurrence, qui a été publiée sous *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)* (2000), 10 C.P.R. (4th) 195. Dans cette décision, le Tribunal a confirmé et prorogé une ordonnance provisoire que le Commissaire de la concurrence avait rendue en vertu de l'article 104.1 [édicte par L.C. 2000, ch. 15, art. 15] de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 19). L'ordonnance interdisait à Air Canada d'offrir des tarifs réduits sur certains trajets desservis par un concurrent, CanJet Airlines, un nouvel arrivant dans le marché national du transport aérien. Le Tribunal a modifié et prorogé l'ordonnance provisoire, qui a pris fin le 31 décembre 2000. CanJet a cessé ses activités.

[2] Le présent appel porte sur l'interprétation du pouvoir légal du Commissaire de rendre des ordonnances provisoires et sur le rôle du Tribunal lorsqu'il siège en révision de ces ordonnances. En particulier, Air Canada allègue que le Tribunal a commis une erreur de droit en ne révisant pas selon la norme de la décision correcte l'opinion du Commissaire selon laquelle les tarifs réduits d'Air Canada «pourrai[en]t constituer des agissements anti-concurrentiels». Elle prétend également que le Tribunal a commis une erreur de droit en concluant que les faits dont il était saisi démontraient qu'en l'absence d'une ordonnance provisoire, CanJet [au paragraphe 87] «subirait vraisemblablement une baisse sensible de son revenu» en raison des tarifs réduits d'Air Canada. Celle-ci soutient donc que l'ordonnance du Tribunal doit être annulée puisqu'aucun fondement juridique n'appuie l'opinion du Commissaire selon laquelle la conduite d'Air Canada pourrait constituer des agissements anti-concurrentiels et la conclusion du Tribunal selon laquelle, en l'absence d'une ordonnance provisoire, CanJet subirait vraisemblablement une baisse sensible de son revenu.

[3] La toile de fond des présentes procédures est l'acquisition par Air Canada, lors de l'été 2000, de Canadian Airlines International Ltd., qui était sur le point de faire faillite. Plutôt que de permettre que cela se produise, le Commissaire a approuvé la fusion même si

Canada would thereby dominate the domestic air service market. Parliament amended the *Competition Act* to deal specifically with the new reality of Air Canada's market dominance. These amendments included a provision empowering the Commissioner to issue a temporary restraining order against a domestic air carrier pending the completion of the investigation of an alleged abuse of market dominance. In addition, regulations were promulgated prescribing a code of conduct for Air Canada. The regulations were to be supplemented by guidelines from the Commissioner, which did not in fact appear until February 2001.

[4] The order in dispute in this case is the first to be issued by the Commissioner under section 104.1.

#### B. FACTUAL BACKGROUND

[5] Although complex issues of competition law underlie the principal proceeding against Air Canada arising from its discount fares, the facts relevant to this appeal can be stated quite shortly. In April 2000, I.M.P. Group Ltd. announced the launch of CanJet Airlines which would offer a new low-fare air service in Canada. It received permission from the Canada Transportation Agency to accept reservations for flights starting in September. Advance tickets were put on sale in July 2000 at prices well below the full economy fares that Air Canada was then offering on those routes. CanJet subsequently further reduced its fares in response to lower fares being offered by Royal Airlines, another discount air carrier.

[6] Air Canada responded on September 1, 2000, to CanJet's entry into the market by announcing reduced fares on some competing routes; those from which the present proceedings arise were the L14EASTS fares available on, among others, three routes out of Halifax, Nova Scotia, and two out of Windsor, Ontario. While the fares on these routes were comparable to those first announced by CanJet, they did not match those later offered by CanJet in response to Royal's fares.

cela faisait en sorte qu'Air Canada domine le marché national du transport aérien. Le législateur a modifié la *Loi sur la concurrence* pour tenir compte de la nouvelle situation que constituait la position dominante d'Air Canada sur le marché. Ces modifications comportaient une disposition conférant au Commissaire le pouvoir de rendre une ordonnance d'interdiction provisoire contre un transporteur aérien national jusqu'à ce que l'enquête sur une allégation d'abus de position dominante soit terminée. En outre, un règlement prescrivant un code de conduite pour Air Canada a été adopté. Ce règlement devait être complété par des lignes directrices du Commissaire, lesquelles n'ont été adoptées en fait qu'en février 2001.

[4] L'ordonnance contestée en l'espèce est la première qu'a rendue le Commissaire en vertu de l'article 104.1.

#### B. LES FAITS

[5] Bien que des questions complexes de droit de la concurrence sous-tendent la procédure principale intentée contre Air Canada en raison des tarifs réduits de cette dernière, on peut énoncer assez rapidement les faits pertinents en l'espèce. En avril 2000, I.M.P. Group Ltd. a annoncé le lancement de CanJet Airlines, qui offrait un nouveau service aérien à bas prix au Canada. Celle-ci a reçu la permission de l'Office des transports du Canada d'accepter des réservations pour des vols commençant en septembre. Des billets ont été mis en vente à l'avance en juillet 2000 à des prix bien inférieurs aux tarifs en classe économique les plus bas qu'Air Canada offrait pour ces trajets. CanJet a par la suite réduit encore plus ses tarifs en réponse aux tarifs inférieurs offerts par Royal Airlines, un autre transporteur aérien à tarifs réduits.

[6] Le 1<sup>er</sup> septembre 2000, Air Canada a répondu à l'entrée de CanJet dans le marché en annonçant des tarifs réduits sur certains trajets concurrents; les tarifs dont découlent les présentes procédures sont les tarifs L14EASTS disponibles notamment sur trois trajets partant de Halifax (Nouvelle-Écosse) et deux trajets partant de Windsor (Ontario). Même si les tarifs offerts pour ces trajets étaient comparables à ceux que CanJet avait initialement annoncés, ils ne rivalisaient pas avec ceux que celle-ci a par la suite offerts en réponse aux tarifs de Royal.

[7] On September 7, 2000, two days after it started flying, CanJet complained to the Competition Bureau about the conduct of Air Canada in lowering its fares, and the Bureau started an investigation of the L14EASTS fares. In response to a request from the Bureau, Air Canada supplied information about its operations on the routes served by CanJet, including a profitability report for each of the routes in question.

[8] On September 27, 2000, the Bureau received an application from six residents of Canada pursuant to subsection 9(1) [as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 37] for an inquiry into possible offences committed by Air Canada, including an allegation that it had engaged in anti-competitive conduct that was lessening competition contrary to section 79 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37]. Next day, the Bureau converted its investigation of CanJet's complaint about the L14EASTS fares into a formal inquiry pursuant to paragraph 10(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 23; S.C. 1999, c. 31, s. 45].

[9] On October 12, 2000, the Commissioner issued a 20-day temporary order prohibiting Air Canada from selling L14EASTS fares "or similar fares" on the five routes out of Halifax and Windsor where CanJet was competing. The order stated that the "Commissioner is of the opinion that Air Canada has engaged in conduct that could constitute anti-competitive conduct in that Air Canada reduced its fares to target CanJet on the restrained routes." Further, the Commissioner considered that, in the absence of a temporary order, "CanJet is likely to be eliminated as a competitor on specific routes and suffer other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal."

[10] On October 31, 2000, the Commissioner extended the order for another 30 days but, since CanJet was no longer operating the routes out of Windsor, he restricted the order to the three routes out of Halifax on which CanJet was still competing with Air Canada. On

[7] Le 7 septembre 2000, deux jours après avoir commencé ses vols, CanJet s'est plaint auprès du Bureau de la concurrence du fait qu'Air Canada avait réduit ses tarifs, et le Bureau a entrepris une enquête sur les tarifs L14EASTS. En réponse à une demande du Bureau, Air Canada a fourni des renseignements sur ses activités relativement aux trajets desservis par CanJet, notamment un rapport de rentabilité afférent à chacun de ces trajets.

[8] Le 27 septembre 2000, le Bureau a reçu une demande, fondée sur le paragraphe 9(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 37], de la part de six résidents du Canada, qui ont sollicité une enquête sur des présumées infractions commises par Air Canada, dont le fait que celle-ci se serait livrée à des agissements anti-concurrentiels qui réduisent la concurrence contrairement à l'article 79 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37]. Ensuite, le Bureau a transformé son enquête sur la plainte de CanJet au sujet des tarifs L14EASTS en enquête officielle fondée sur l'alinéa 10(1)a) [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 23; L.C. 1999, ch. 31, art. 45].

[9] Le 12 octobre 2000, le Commissaire a rendu une ordonnance provisoire de 20 jours interdisant à Air Canada d'offrir des tarifs L14EASTS «ou des tarifs semblables» pour les cinq trajets partant de Halifax et de Windsor où CanJet lui faisait concurrence. L'ordonnance déclarait que le [TRADUCTION] «Commissaire est d'avis qu'Air Canada s'est livré à des agissements qui pourraient être anti-concurrentiels, en réduisant ses tarifs pour cibler CanJet sur les trajets visés par l'interdiction». De plus, le Commissaire a estimé qu'en l'absence d'une ordonnance provisoire, «CanJet risque d'être éliminée à titre de concurrent sur certains trajets ou de souffrir d'autres dommages auxquels le Tribunal ne peut remédier adéquatement».

[10] Le 31 octobre 2000, le Commissaire a prorogé l'ordonnance pour une période de 30 jours mais, comme CanJet ne desservait plus les trajets en provenance de Windsor, il a limité l'ordonnance aux trois trajets partant de Halifax pour lesquels CanJet faisait toujours

November 1, 2000, Air Canada filed with the Tribunal a notice of application under subsection 104.1(7) to review and set aside the Commissioner's temporary order. On November 16 and 17, 2000, Air Canada's application was heard by a judicial member of the Tribunal sitting alone, as is provided by the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, subsection 11(1) [as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 43; 2000, c. 15, s. 16].

### C. THE TRIBUNAL'S DECISION

[11] In a decision dated November 24, 2000, the Tribunal confirmed and varied the Commissioner's order by extending it until December 31, 2000, and deleting from the order the words, "any similar fares", because of their vagueness. On December 7, 2000, the Tribunal issued detailed reasons for its decision, which run to some 90 pages in length.

[12] The Tribunal held, first, that on a subsection 104.1(7) review, it was not confined to considering the issue of harm, because subsection 11(1) of the *Competition Tribunal Act* authorized it also to hear and determine the subsection 104.1(7) application and "any related matters" [underlining added]. Hence, the Tribunal could determine challenges to the validity of a temporary order made on grounds unconnected with the issue of harm, the issue with which subsection 104.1(7) expressly required the Tribunal to deal.

[13] Second, the Tribunal held that, as part of its inquiry into the validity of the order, it could examine the basis of the Commissioner's opinion in light of the material before him when he made the order. However, given the preliminary stage of the Commissioner's investigation of the allegation of anti-competitive conduct, the temporary nature of the order, and the importance of maintaining the *status quo* pending the Commissioner's completion of the inquiry, Parliament did not intend the inquiry to be a *de novo* examination of the validity of the Commissioner's opinion. The

concurrence à Air Canada. Cette dernière a déposé auprès du Tribunal, le 1<sup>er</sup> novembre 2000, un avis de demande fondé sur le paragraphe 104.1(7) qui sollicitait la révision et l'annulation de l'ordonnance provisoire du Commissaire. Un juge du Tribunal siégeant seul a entendu la demande d'Air Canada les 16 et 17 novembre 2000, conformément au paragraphe 11(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 43; 2000, ch. 15, art. 16] de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19.

### C. LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[11] Dans sa décision du 24 novembre 2000, le Tribunal a confirmé et modifié l'ordonnance du Commissaire en la prorogeant jusqu'au 31 décembre 2000 et en éliminant de celle-ci les mots [TRADUCTION] «des tarifs semblables» en raison de leur imprécision. Le Tribunal a prononcé, le 7 décembre 2000, des motifs élaborés au soutien de sa décision, lesquels ont une longueur d'environ 90 pages.

[12] Le Tribunal a conclu en premier lieu qu'en matière de révision visée par le paragraphe 104.1(7), il n'était pas limité à l'examen de la question du dommage parce que le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* l'autorise également à statuer sur les demandes présentées en application du paragraphe 104.1(7) et sur «toute question afférente» [soulignement ajouté]. Le Tribunal pouvait donc se prononcer sur les contestations de la validité d'une ordonnance provisoire fondée sur des motifs non liés à la question des dommages, question que le paragraphe 104.1(7) oblige expressément le Tribunal à trancher.

[13] En deuxième lieu, le Tribunal a conclu que, dans le cadre de son examen de la validité de l'ordonnance, il pouvait examiner les motifs fondant l'opinion du Commissaire à la lumière des documents dont celui-ci était saisi lorsqu'il a rendu l'ordonnance. Toutefois, compte tenu du stade préliminaire de l'enquête du Commissaire sur l'allégation d'agissements anti-concurrentiels, de la nature provisoire de l'ordonnance et de l'importance de maintenir le *statu quo* dans l'attente de la fin de l'enquête, le législateur n'a pas voulu que la révision soit une révision *de novo* de la

Tribunal's order stated that the Tribunal had reviewed the Commissioner's opinion on a patent unreasonableness standard.

[14] As for the facts of the case before it, the Tribunal held that, even though the Commissioner had breached the Act by failing to state sufficient grounds for the order, there was enough evidence to support the Commissioner's opinion that Air Canada's reduction of the fares could constitute anti-competitive conduct. Moreover, in forming his opinion that Air Canada had engaged in anti-competitive conduct, the Commissioner was not required to have reached a definitive conclusion on what constitutes an "avoidable cost", an issue that had at that time not been detailed in guidelines. Finally, the Commissioner was under no statutory obligation to identify in the order any anti-competitive act.

[15] Third, turning to subparagraph 104.1(1)(b)(ii) the Tribunal considered *de novo*, and at length, the harm likely to be suffered by CanJet if a temporary restraining order were not granted. The Tribunal reached three conclusions on this issue: (a) "likely" is a synonym for probable and that the Commissioner and ultimately the Tribunal must be satisfied that, if no order were made, harm would occur on a balance of probabilities; (b) the temporary order could be upheld by the Tribunal if harm was likely either when the order was made or, if the Commissioner discharged the onus of proof, when the Tribunal reviewed it; and (c) while the evidence before the Commissioner was not sufficient to support his conclusion that harm to CanJet had been likely when he issued the order, there was sufficient evidence before the Tribunal enabling it to conclude that, at the time of the hearing, if no order were in force, Air Canada's fare reductions were likely to cause harm to CanJet, namely, a significant loss of revenue.

validité de l'opinion du Commissaire. Dans son ordonnance, le Tribunal a affirmé avoir examiné l'opinion du Commissaire suivant la norme du caractère manifestement déraisonnable.

[14] Quant aux faits de l'affaire dont il était saisi, le Tribunal a conclu que, bien que le Commissaire ait contrevenu à la Loi en n'énonçant pas de motifs suffisants au soutien de l'ordonnance, il y avait assez d'éléments de preuve à l'appui de l'opinion du Commissaire selon laquelle la réduction par Air Canada de ses tarifs pouvait constituer des agissements anti-concurrentiels. De plus, lorsqu'il a formé l'opinion qu'Air Canada s'était livré à des agissements anti-concurrentiels, le Commissaire n'était pas tenu d'en arriver à une conclusion définitive sur ce qui constitue un «coût évitable», une question qui n'avait pas à ce moment-là été exposée dans des lignes directrices. Enfin, la loi n'obligeait pas le Commissaire à mentionner des agissements anti-concurrentiels dans l'ordonnance.

[15] En troisième lieu, abordant le sous-alinéa 104.1(1)b(ii), le Tribunal a examiné *de novo*, et en profondeur, le dommage que subirait vraisemblablement CanJet si une ordonnance provisoire n'était pas accordée. Le Tribunal a tiré trois conclusions sur cette question: a) «vraisemblablement» est synonyme de probable, et le Commissaire ainsi qu'en bout de ligne, le Tribunal doivent être convaincus selon la probabilité la plus forte que des dommages seront causés si aucune ordonnance n'est rendue; b) le Tribunal peut confirmer l'ordonnance provisoire si un préjudice aurait vraisemblablement été causé au moment de l'ordonnance ou, si le Commissaire a relevé la charge de la preuve, au moment de la révision par le Tribunal; et c) même si la preuve dont disposait le Commissaire ne suffisait pas pour appuyer sa conclusion, au moment de l'ordonnance, selon laquelle CanJet aurait vraisemblablement subi des dommages, le Tribunal disposait de suffisamment d'éléments de preuve pour lui permettre de conclure que, si aucune ordonnance n'était en vigueur au moment de l'audience, les réductions de tarifs d'Air Canada causeraient vraisemblablement des dommages à CanJet, à savoir une perte importante de revenu.

## D. LEGISLATIVE FRAMEWORK

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34

**104.1 (1)** The Commissioner may make a temporary order prohibiting a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, from doing an act or a thing that could, in the opinion of the Commissioner, constitute an anti-competitive act or requiring the person to take the steps that the Commissioner considers necessary to prevent injury to competition or harm to another person if

(a) the Commissioner has commenced an inquiry under subsection 10(1) in regard to whether the person has engaged in conduct that is reviewable under section 79; and

(b) the Commissioner considers that in the absence of a temporary order

(i) injury to competition that cannot adequately be remedied by the Tribunal is likely to occur, or

(ii) a person is likely to be eliminated as a competitor, suffer a significant loss of market share, suffer a significant loss of revenue or suffer other harm that cannot be adequately remedied by the Tribunal.

(2) The Commissioner is not obliged to give notice to or receive representations from any person before making a temporary order.

(3) On making a temporary order, the Commissioner shall promptly give written notice of the order, together with the grounds for it, to every person against whom it was made or who is directly affected by it.

(4) Subject to subsections (5) and (6), a temporary order has effect for 20 days.

(5) The Commissioner may extend the 20-day period for one or two periods of 30 days each or may revoke a temporary order. The Commissioner shall promptly give written notice of the extension or revocation to every person to whom notice was given under subsection (3).

(6) If an application is made under subsection (7), the temporary order has effect until the Tribunal makes an order under that subsection.

(7) A person against whom the Commissioner has made a temporary order may, within the period referred to in subsection (4), apply to the Tribunal to have the temporary order varied or set aside and the Tribunal shall

## D. LE CADRE LÉGISLATIF

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34

**104.1 (1)** Le commissaire peut rendre une ordonnance provisoire interdisant à une personne exploitant un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, d'accomplir tout acte, ou de mener toute activité, qui, selon lui, pourrait constituer des agissements anti-concurrentiels ou lui enjoignant de prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour ne pas nuire à la concurrence ou pour éviter de causer des dommages à une autre personne lorsque, à la fois:

a) il a commencé une enquête en vertu du paragraphe 10(1) en vue de déterminer si les agissements de la personne ont donné lieu à une situation visée à l'article 79;

b) il estime qu'en cas de non-prononcé de l'ordonnance:

(i) soit la concurrence subira vraisemblablement un préjudice auquel le Tribunal ne pourra adéquatement remédier,

(ii) soit un compétiteur sera vraisemblablement éliminé ou une personne subira vraisemblablement une réduction importante de sa part de marché, une perte importante de revenu ou des dommages auxquels le Tribunal ne pourra adéquatement remédier.

(2) Le commissaire peut rendre l'ordonnance sans préavis et sans donner au préalable à qui que ce soit la possibilité de présenter des observations.

(3) Le commissaire envoie un avis écrit de l'ordonnance et des motifs de celle-ci, dans les meilleurs délais après son prononcé, aux personnes qui en font l'objet et aux autres personnes directement touchées.

(4) Sous réserve des paragraphes (5) et (6), l'ordonnance demeure en vigueur pendant vingt jours.

(5) Le commissaire peut, à deux reprises, proroger l'ordonnance d'une période supplémentaire de trente jours et peut, en tout temps, annuler l'ordonnance. Dans les meilleurs délais, il avise par écrit de la prorogation ou de l'annulation les personnes qui ont été avisées au titre du paragraphe (3).

(6) En cas de présentation de la demande visée au paragraphe (7), l'ordonnance demeure en vigueur jusqu'à la date du prononcé de la décision du Tribunal.

(7) Toute personne faisant l'objet de l'ordonnance peut en demander au Tribunal la modification ou l'annulation pendant la période prévue au paragraphe (4). Le Tribunal :

(a) if it is satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order confirming the temporary order, with or without variation as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances, and fixing the effective period of its order for a maximum of 60 days after the day on which it is made; and

(b) if it is not satisfied that one or more of the conditions set out in paragraph (1)(b) existed or are likely to exist, make an order setting aside the temporary order.

...

(10) At the hearing of an application under subsection (7), the Tribunal shall provide the applicant, the Commissioner and any person directly affected by the temporary order with a full opportunity to present evidence and make representations before the Tribunal makes an order under that subsection.

(11) Except as provided for by subsection (7),

(a) a temporary order made by the Commissioner shall not be questioned or reviewed in any court; and

(b) no order shall be made, process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, certiorari, mandamus, prohibition, quo warranto, declaratory judgment or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Commissioner in the exercise of the jurisdiction granted by this section.

...

(14) When a temporary order is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete the investigation arising out of the conduct in respect of which the temporary order was made.

(15) No action lies against Her Majesty in right of Canada, the Minister, the Commissioner, any Deputy Commissioner, any person employed in the public service of Canada or any person acting under the direction of the Commissioner for anything done or omitted to be done in good faith under this section. [Underlining added.]

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 [s. 8(1) (as am. by S.C. 1999, c. 2, s. 41)]

8. (1) The Tribunal has jurisdiction to hear and dispose of all applications made under Part VII.1 or VIII of the *Competition Act* and any related matters.

a) confirme l'ordonnance, avec, le cas échéant, les modifications qu'il estime indiquées en l'occurrence, pour une période maximale de soixante jours à compter du prononcé de sa décision, s'il est convaincu qu'une des situations visées à l'alinéa (1)b) s'est produite ou se produira vraisemblablement;

b) annule l'ordonnance s'il n'est pas convaincu qu'une des situations visées à l'alinéa (1)b) s'est produite ou se produira vraisemblablement.

[. . .]

(10) Dans le cadre de l'audition de la demande visée au paragraphe (7), le Tribunal accorde au demandeur, au commissaire et aux personnes directement touchées toute possibilité de présenter des éléments de preuve et des observations sur l'ordonnance attaquée avant de rendre sa décision.

(11) Sous réserve du paragraphe (7):

a) l'ordonnance ne peut faire l'objet d'aucune contestation ou révision judiciaire;

b) l'action du commissaire—dans la mesure où elle s'exerce dans le cadre du présent article—ne peut être contestée, révisée, empêchée ou limitée, ni faire l'objet d'aucun recours judiciaire, notamment par voie d'injonction, de certiorari, de mandamus, de prohibition, de quo warranto ou de jugement déclaratoire.

[. . .]

(14) Lorsqu'une ordonnance provisoire a force d'application, le commissaire doit, avec toute la diligence possible, mener à terme l'enquête à l'égard des agissements qui font l'objet de l'ordonnance.

(15) Sa Majesté du chef du Canada, le ministre, le commissaire, les sous-commissaires, les personnes appartenant à l'administration publique fédérale, de même que les personnes agissant sous les ordres du commissaire, bénéficient de l'immunité judiciaire pour les actes ou omissions accomplis de bonne foi en application du présent article. [Soulignements ajoutés.]

*Loi sur le tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19 [art. 8(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 2, art. 41)]

8. (1) Les demandes prévues aux parties VII.1 ou VIII de la *Loi sur la concurrence*, de même que toute question s'y rattachant, sont présentées au Tribunal pour audition et décision.

...

[...]

11. (1) The Chairman of the Tribunal, sitting alone, or a judicial member designated by the Chairman, sitting alone, may hear and dispose of applications for interim orders under subsection 100(1) or 104(1), and applications under subsection 4.1(2) or (4) or 104.1(7), of the Competition Act and any related matters. [Underlining added.]

11. (1) Le président, siégeant seul, ou un juge désigné par le président et siégeant seul, peut statuer sur les demandes d'ordonnance présentées en application du paragraphe 4.1(2) ou (4), 100(1), 104(1) ou 104.1(7) de la Loi sur la concurrence ainsi que sur toute question afférente. [Soulignement ajouté.]

## E. ISSUES AND ANALYSIS

### Issue 1 Mootness

[16] In his response to the appellant, counsel for the Commissioner submitted that the Court should dismiss the appeal at the outset, on the ground that, since the order that is the subject of the appeal expired more than a year ago, the matter is moot. I agree that the appeal is moot. There is no longer any live controversy between the parties about the validity of the temporary restraining order issued by the Commissioner against Air Canada. That order has expired and no longer has any practical effect on Air Canada's right to charge the discounted fares to which the order related.

[17] However, counsel for Air Canada argued that the matter is not moot because the Commissioner may make another temporary order under section 104.1 against Air Canada with respect to Tango, its low-fare, "no frills" division. If the Tribunal is required in the future to review an order affecting Tango's operations, that review may raise some of the issues about section 104.1 that are in dispute in this appeal.

[18] In my opinion, this possibility cannot prevent the present appeal from being moot. However, it is a factor to be considered in the Court's exercise of its discretion to hear an appeal that is moot, in accordance with the criteria prescribed in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pages 358-365, and derived from the reasons why courts generally refuse to decide matters that are moot. In my opinion, these criteria indicate that the Court should hear this appeal.

## E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

### Question 1 Le caractère théorique

[16] Dans sa réponse à l'appelante, l'avocat du Commissaire a soutenu que la Cour devait rejeter l'appel au stade préliminaire au motif que la question était théorique puisque l'ordonnance frappée d'appel a pris fin il y a plus d'un an. Je conviens que l'appel est théorique. Il n'y a plus de litige actuel entre les parties au sujet de la validité de l'ordonnance d'interdiction provisoire rendue par le Commissaire contre Air Canada. Cette ordonnance est échue et n'a plus aucun effet concret sur le droit d'Air Canada d'offrir les tarifs réduits qu'elle visait.

[17] L'avocate d'Air Canada a cependant prétendu que la question n'était pas théorique parce que le Commissaire a le pouvoir de rendre une autre ordonnance provisoire en vertu de l'article 104.1 contre Air Canada relativement à Tango, sa division à bas prix «sans fioritures». Si le Tribunal doit ultérieurement examiner une ordonnance touchant les activités de Tango, cet examen est susceptible de soulever certaines des questions relatives à l'article 104.1 qui sont en litige dans le présent appel.

[18] À mon avis, cette possibilité ne change rien au fait que le présent appel est théorique. Il s'agit toutefois d'un facteur dont la Cour doit tenir compte lorsqu'elle détermine si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel théorique, conformément aux critères que prescrit l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pages 358 à 365, et qui découlent des motifs pour lesquels les tribunaux refusent généralement de se prononcer sur des questions théoriques. Je suis d'avis qu'à la lumière de ces critères, la Cour doit entendre le présent appel.

[19] First, I am satisfied that the expiry of the temporary order did not remove the adversarial relationship between the parties to this appeal. The following observation by Sopinka J. in *Borowski, supra* (at page 363) is equally applicable to this case: “The appeal was fully argued with as much zeal and dedication on both sides as if the matter were not moot.”

[20] Moreover, the issues raised in this appeal about the interpretation of the Commissioner’s powers under section 104.1, and about the scope and intensity of the Tribunal’s review of those orders, are likely to arise in subsequent disputes between Air Canada and the Commissioner, and to be hotly disputed. However, other issues raised by the appellant are restricted to the facts of this case, in particular whether the Tribunal erred when it concluded that there was sufficient evidence to justify a finding of probable harm of the kind described in paragraph 104.1(1)(b). The expiry of the order effectively ended any adversarial context with respect to those issues.

[21] Second, the relatively short duration of temporary restraining orders is likely to make it difficult for Air Canada to litigate in this Court the issues raised in the present appeal that have a significance beyond the facts of this case. They may well be “evasive of review” (*Borowski, supra*, at page 364). At present, temporary orders may last for no more than 20 days, although the Commissioner can extend them for another one or two 30-day periods, up to a maximum of 80 days in all. In addition, the Tribunal may extend an order for up to 60 days from the date when it confirmed the Commissioner’s order.

[22] Assuming that it is possible to get a subsection 104.1(7) proceeding before the Tribunal within 80 days, as in fact happened in this case, it still may not be

[19] Premièrement, je suis convaincu que l’expiration de l’ordonnance provisoire n’a pas mis fin à la relation conflictuelle entre les parties au présent appel. L’observation suivante que le juge Sopinka a faite dans l’arrêt *Borowski*, précité (à la page 363), s’applique tout autant à la présente affaire: «Le pourvoi a été plaidé avec autant de zèle et de ferveur de la part des deux parties que si la question n’avait pas été théorique.»

[20] De plus, les questions soulevées dans le présent appel quant à l’interprétation des pouvoirs que l’article 104.1 confère au Commissaire ainsi qu’à la portée et à la profondeur de l’examen de ces ordonnances par le Tribunal se poseront vraisemblablement dans des litiges ultérieurs entre Air Canada et le Commissaire et seront débattues vigoureusement. Cependant, d’autres questions soulevées par l’appelante sont restreintes aux faits de l’espèce, en particulier la question de savoir si le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il a conclu qu’il y avait des éléments de preuve suffisants pour justifier une conclusion de dommages probables du genre de ceux décrits à l’alinéa 104.1(1)b). L’expiration de l’ordonnance a dans les faits mis fin à tout litige relatif à ces questions.

[21] Deuxièmement, la durée relativement courte des ordonnances d’interdiction provisoires fera vraisemblablement en sorte qu’il sera difficile pour Air Canada de plaider devant la Cour les questions soulevées dans le présent appel dont l’importance va au-delà des faits de l’espèce. Ces questions peuvent fort bien être «susceptible[s] [. . .] de ne jamais être soumise[s] aux tribunaux» (*Borowski*, précité, à la page 364). Actuellement, la validité des ordonnances provisoires ne peut pas excéder 20 jours, bien que le Commissaire puisse les proroger pour une ou deux périodes de 30 jours, la période totale de validité étant limitée à 80 jours. En outre, le Tribunal peut proroger une ordonnance pour une période allant jusqu’à 60 jours de la date de la confirmation de l’ordonnance du Commissaire.

[22] Même si on tient pour acquis qu’il est possible qu’une audience relative au paragraphe 104.1(7) soit tenue devant le Tribunal dans un délai de 80 jours,

practicable for a party to have an appeal heard in this Court within 60 days of the Tribunal's decision, despite the Court's willingness to attempt to accommodate parties who request an expedited hearing. In this case, 13 months have elapsed between the expiry of the temporary order as extended by the Tribunal and the hearing of the appeal. Further, the Tribunal will not necessarily always exercise its discretion to extend an order, or to extend it for the statutory maximum period.

[23] Counsel for the Commissioner argues that the Court should also take into account Bill C-23, *An Act to amend the Competition Act and the Competition Tribunal Act*, clause 13.1 of which would add a new subsection (5.4) to section 104.1. This provision would empower the Tribunal to extend a temporary order "for such period as the Tribunal considers necessary to give the Commissioner a reasonable opportunity to receive and review the information" requested for the purpose of his inquiry. It is argued that this power will effectively remove any barrier to a party's ability to appeal a Tribunal decision before the expiry of a temporary order.

[24] In my opinion, Bill C-23 is an inadequate basis for concluding that there will be no practical impediment to litigating the issues raised in this appeal that are likely to arise in subsequent proceedings and to remain contentious. For one thing, when this appeal was heard, Bill C-23 had been passed in the House of Commons, but had not emerged from the Senate. Consequently, even if Bill C-23 is ultimately enacted, the proposed amendment to section 104.1 may not survive in its present form. Further, an expanded power to extend a temporary order will only assist a party seeking to appeal, if and when it is exercised.

[25] The third consideration relevant to the Court's exercise of its discretion is whether an appeal is of sufficient public interest to justify the Court's hearing it, even though it is moot. I am of the opinion that it is. The appeal raises important questions about the role played

comme ce qui est arrivé en fait dans la présente affaire, il peut néanmoins ne pas être possible pour une partie de faire entendre son appel par la Cour dans un délai de 60 jours de la décision du Tribunal malgré la volonté de la Cour de tenter d'accommoder les parties qui sollicitent une instruction accélérée. Dans la présente affaire, il s'est écoulé 13 mois entre l'expiration de l'ordonnance provisoire, après prorogation par le Tribunal, et l'audition de l'appel. En outre, le Tribunal n'exerce pas nécessairement toujours son pouvoir discrétionnaire de proroger une ordonnance ni celui de la proroger pour la période maximale prévue par la loi.

[23] L'avocat du Commissaire prétend que la Cour doit également tenir compte du Projet de loi C-23, *Loi modifiant la Loi sur la concurrence et la Loi sur le Tribunal de la concurrence*, dont l'article 13.1 ajoute un nouveau paragraphe (5.4) à l'article 104.1. Cette disposition confèrera au Tribunal le pouvoir de proroger une ordonnance provisoire «pendant la période que le Tribunal estime nécessaire pour permettre au Commissaire de recevoir et étudier les renseignements» requis pour les fins de son examen. L'avocat allègue que ce pouvoir éliminera en fait tout obstacle à la capacité d'une partie d'interjeter appel d'une décision du Tribunal avant l'expiration d'une ordonnance provisoire.

[24] À mon avis, le Projet de loi C-23 ne permet pas de conclure qu'aucun obstacle d'ordre pratique n'empêchera la contestation des questions soulevées dans le présent appel qui se poseront vraisemblablement dans des instances ultérieures et qui demeureront probablement litigieuses. D'autre part, au moment de l'audition du présent appel, le Projet de loi C-23 avait été adopté par la Chambre des communes, mais pas encore par le Sénat. Par conséquent, même s'il est adopté en bout de ligne, il se peut que la modification proposée à l'article 104.1 ne soit pas adoptée sous sa forme actuelle. En outre, c'est seulement s'il est exercé, et quand il l'est, que le pouvoir élargi de proroger une ordonnance provisoire aidera une partie désirant interjeter appel.

[25] Le troisième facteur pertinent quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour consiste à savoir si un appel est d'intérêt public suffisant pour justifier son audition même s'il est théorique. Je suis d'avis que le présent appel est d'intérêt public suffisant car il

by the Tribunal in reviewing the exercise of the Commissioner's powers that should be settled sooner rather than later. The power to issue temporary orders is important both to the Commissioner's ability effectively to protect the public interest in competition among domestic air carriers, and to the interest of Air Canada in carrying on its business without undue hindrance and uncertainty about the ground rules within which it must operate. Moreover, the economic health of air transportation in Canada is a matter of considerable concern to millions of Canadians.

[26] Finally, counsel for the Commissioner submitted that Air Canada forfeited a favourable exercise of the Court's discretion to hear this appeal when it decided to challenge the constitutionality of section 104.1 in the Superior Court of Quebec, and to apply to the Tribunal for a review of the order only when the Court refused a stay of the temporary order pending the outcome of the constitutional case.

[27] I do not agree with this submission. Air Canada had a right to pursue a constitutional challenge to the temporary orders power and then, when it was refused a stay in that proceeding, to look to the Tribunal for more immediate relief, which it did just within the statutorily permitted time. In my opinion, Air Canada's decision to exercise its right to seek a determination of the constitutional validity of the relevant provisions was in no way improper, and should not preclude the Court in its discretion from hearing and determining this appeal.

[28] For all these reasons, I am of the opinion that the benefits of clarifying the law is a prudent use of judicial resources with respect to issues that are not confined to the particular facts of this appeal and to the evidence before the Tribunal. Conversely, issues that are confined to the facts of this case will not be decided in this appeal. In my opinion, the Court's discretion to determine a matter despite its mootness also enables it

soulève d'importantes questions, qui doivent être tranchées le plus tôt possible, au sujet du rôle que joue le Tribunal lorsqu'il examine la façon dont le Commissaire exerce ses pouvoirs. L'existence du pouvoir de rendre des ordonnances provisoires est importante tant pour permettre au Commissaire de protéger efficacement l'intérêt public à ce qu'il y ait de la concurrence entre les transporteurs aériens nationaux que pour servir l'intérêt qu'a Air Canada à exploiter son entreprise sans obstacle et incertitude indues quant aux règles fondamentales qu'elle doit respecter. De plus, la santé économique du transport aérien au Canada est source de grandes préoccupations pour des millions de Canadiens.

[26] Enfin, l'avocat du Commissaire soutient qu'Air Canada a renoncé à la possibilité que la Cour exerce en sa faveur son pouvoir discrétionnaire d'entendre le présent appel lorsqu'elle a décidé de contester la constitutionnalité de l'article 104.1 devant la Cour supérieure du Québec et de solliciter la révision de l'ordonnance provisoire auprès du Tribunal uniquement lorsque la Cour a refusé d'accorder la suspension de cette ordonnance dans l'attente de l'issue de l'affaire constitutionnelle.

[27] Je ne suis pas d'accord avec cet argument. Air Canada avait le droit de présenter une contestation constitutionnelle des ordonnances provisoires et, ensuite, après s'être vu refuser une suspension dans cette instance, de solliciter une réparation plus rapide de la part du Tribunal, ce qu'elle a fait tout juste dans le délai prévu par la loi. D'après moi, la décision d'Air Canada d'exercer son droit de solliciter la détermination de la constitutionnalité des dispositions pertinentes n'était nullement inappropriée et ne doit pas empêcher la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de statuer sur le présent appel.

[28] Pour l'ensemble de ces motifs, je suis d'avis que constitue une utilisation prudente des ressources judiciaires le fait de se prévaloir des avantages de préciser la loi quant aux questions non restreintes aux faits particuliers du présent appel et à la preuve dont dispose le Tribunal. À l'inverse, les questions qui sont restreintes aux faits de l'espèce ne seront pas tranchées dans le cadre du présent appel. À mon avis, le pouvoir

to restrict the issues that it will decide on an appeal to those that meet the *Borowski, supra*, criteria.

Issue 2 Does the Competition Tribunal have jurisdiction in the course of conducting a review under subsection 104.1(7) to consider whether the Commissioner has properly exercised the power under subsection 104.1(1) to prohibit the doing of “an act or thing that could in the opinion of the Commissioner constitute an anti-competitive act”?

[29] In her oral argument, counsel for Air Canada argued that the Tribunal erred in law when it found that it was open to the Commissioner to form the opinion that the L14EASTS fares on the routes in question could constitute anti-competitive conduct by Air Canada for the purpose of subsection 104.1(1). This attack had several elements, including the standard of review to be applied by the Tribunal to the Commissioner’s opinion. Air Canada took the view that the Tribunal had been excessively deferential in its review of the Commissioner’s opinion.

[30] In addition to disputing Air Canada’s submission on the applicable standard of review, counsel for the Commissioner made the more fundamental objection that the Tribunal erred in law in considering any aspect of the order under review other than whether it was satisfied that harm of the kind described in paragraph 104.1(1)(b) had occurred or was likely to occur in the absence of a temporary order. In particular, the Tribunal had no jurisdiction to consider whether the Commissioner’s opinion that Air Canada’s reduced fares could constitute anti-competitive conduct.

[31] In both their written and oral submissions, the parties fully canvassed the scope of the issues that the

discretionnaire qu’a la Cour de statuer sur une question malgré son caractère théorique lui permet également de circonscrire les questions qu’elle tranchera en appel à celles qui respectent les critères exposés dans l’arrêt *Borowski*, précité.

Question 2 Lors d’une révision fondée sur le paragraphe 104.1(7), le Tribunal de la concurrence a-t-il compétence pour déterminer si le Commissaire a exercé convenablement le pouvoir, que lui confère le paragraphe 104.1(1), d’interdire l’accomplissement de «tout acte ou de [...] toute activité, qui, selon lui, pourrait constituer des agissements anti-concurrentiels»?

[29] Dans sa plaidoirie, l’avocate d’Air Canada a prétendu que le Tribunal avait commis une erreur de droit en concluant qu’il était loisible au Commissaire d’adopter l’opinion que les tarifs L14EASTS sur les trajets concernés pouvaient constituer des agissements anti-concurrentiels de la part d’Air Canada pour l’application du paragraphe 104.1(1). Cette contestation comportait plusieurs éléments, dont la norme de révision applicable par le Tribunal à l’opinion du Commissaire. Air Canada s’est dite d’avis que le Tribunal avait fait preuve d’une retenue excessive dans sa révision de l’opinion du Commissaire.

[30] En plus de contester l’argument d’Air Canada sur la norme de révision applicable, l’avocat du Commissaire a soulevé le motif d’opposition plus fondamental que le Tribunal avait commis une erreur de droit en examinant les éléments de l’ordonnance révisée autres que la question de savoir s’il était convaincu que des dommages du genre de ceux décrits à l’alinéa 104.1(1)(b) s’étaient produits ou se produiraient vraisemblablement en l’absence d’une ordonnance provisoire. En particulier, le Tribunal n’avait pas compétence pour se prononcer sur l’opinion du Commissaire selon laquelle les tarifs réduits d’Air Canada pouvaient constituer des agissements anti-concurrentiels.

[31] Dans leurs observations écrites et orales, les parties ont couvert toute la portée des questions que le

Tribunal could consider under subsection 104.1(7). Indeed, in response to a question from the Bench, counsel for Air Canada expressly stated that she was inviting the Court to affirm that the Tribunal was correct to conclude that its inquiry was not limited to the issue of the harm that was likely to occur if a temporary order was not made.

[32] In my view, counsel was too late when she suggested at the very end of her reply that the Court could not consider this issue because the Commissioner had not made it the subject of a cross-appeal. In any event, a notice of cross-appeal is only required under rule 341 of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, “where the respondent seeks a different disposition of the order appealed from”: see, for example, *Roberts v. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303 (F.C.A.), at paragraph 147.

[33] In the case at bar, the only reference to the scope of the Tribunal’s power under subsection 104.1(7) occurs in the preamble to the Tribunal’s order setting out the considerations on which it was made. The Tribunal’s order itself, with which the Commissioner, of course, takes no issue, simply affirms, varies and extends in specified ways the Commissioner’s order. Hence, no notice of cross-appeal was required for the Commissioner to object to the Tribunal’s holding that, on a subsection 104.1(7) review, it could examine the basis of the Commissioner’s opinion.

[34] Accordingly, before considering Air Canada’s argument that the Tribunal erred in failing adequately to scrutinize the opinion formed by the Commissioner on whether the discount fares introduced by Air Canada could constitute anti-competitive conduct, I must determine whether the Tribunal had jurisdiction to scrutinize the Commissioner’s opinion at all. If I conclude that it did not, it will not be necessary to decide whether the Tribunal erred in the manner in which it conducted the inquiry.

Tribunal pouvait examiner en vertu du paragraphe 104.1(7). En effet, en réponse à une question de la Cour, l’avocate d’Air Canada a déclaré expressément qu’elle invitait la Cour à confirmer que le Tribunal avait raison de conclure que son examen ne se limitait pas à la question des dommages qui se produiraient vraisemblablement si aucune ordonnance provisoire n’était rendue.

[32] J’estime qu’il était trop tard lorsque l’avocate a prétendu, à la toute fin de sa réponse, que la Cour ne pouvait pas se pencher sur cette question parce que le Commissaire n’en avait pas fait l’objet d’un appel incident. De toute manière, un avis d’appel incident n’est requis, en vertu de la règle 341 des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, que si l’appelant incident «entend demander la réformation de l’ordonnance portée en appel»: voir, par exemple, *Roberts c. Canada*, [2000] 3 C.N.L.R. 303 (C.A.F.), au paragraphe 147.

[33] En l’espèce, seul le préambule de l’ordonnance du Tribunal, qui expose les facteurs sur lesquels celle-ci était fondée, fait référence à la portée du pouvoir que confère le paragraphe 104.1(7) à ce dernier. L’ordonnance même du Tribunal, que ne conteste naturellement pas le Commissaire, ne fait que confirmer, modifier et proroger de la façon indiquée l’ordonnance du Commissaire. Il s’ensuit que le Commissaire n’avait pas besoin de donner un avis d’appel incident pour contester la conclusion du Tribunal selon laquelle ce dernier pouvait examiner les motifs de l’opinion du Commissaire dans le cadre de la révision visée par le paragraphe 104.1(7).

[34] Par conséquent, avant de me prononcer sur l’argument d’Air Canada selon lequel le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il n’aurait pas examiné adéquatement l’opinion du Commissaire sur la question de savoir si les tarifs réduits introduits par Air Canada pouvaient constituer des agissements anti-concurrentiels, je dois déterminer si le Tribunal avait compétence pour examiner cette opinion. Si je conclus que le Tribunal n’avait pas compétence, il n’y aura pas lieu que je détermine s’il a commis une erreur dans la manière dont il a effectué l’enquête.

[35] As a backdrop to the question of what matters the Tribunal may consider in a subsection 104.1(7) review, counsel for both parties emphasized the very special nature of the powers conferred on the Commissioner by section 104.1. Thus, counsel for Air Canada stressed their draconian nature, noting in particular, that restraining orders are issued by the official conducting the investigation, without a prior opportunity for the airline concerned to be heard and without judicial oversight. In contrast, restraining orders authorized by subsection 104(1) are issued by the Tribunal.

[36] In these circumstances, she argued, and in view of the potentially serious economic impact that a restraining order could have on Air Canada's business, Parliament ought not to have intended to preclude the Tribunal from ensuring that the statutory conditions precedent to the exercise of the Commissioner's power had been satisfied. An unreviewable statutory discretion that affects the interests of individuals offends the rule of law, a fundamental constitutional principle.

[37] On the other hand, counsel for the Commissioner emphasized the temporary nature of the orders and the strong privative clause shielding them from judicial review. Further, there was nothing surprising in the Commissioner's powers, since early intervention, speed and finality were essential in the situation prevailing in the air transportation industry in Canada. Without such a power, a fledgling airline might never, in both a literal and a figurative sense, properly get off the ground, thus frustrating the purpose of the statutory scheme to prevent the abuse of market position and the stifling of competition.

[38] Further, counsel for the Commissioner argued, the probing Tribunal review called for by Air Canada under subsection 104.1(7) is provided by subsection 104(1). Under this provision, the Tribunal may grant an interlocutory injunction after the Commissioner has completed his investigation and made an application to the Tribunal under section 79 for an order prohibiting

[35] Comme toile de fond à la question de savoir de quels éléments le Tribunal doit tenir compte dans le cadre de la révision visée au paragraphe 104.1(7), les avocats des parties ont mis l'accent sur la nature très spéciale des pouvoirs conférés au Commissaire par l'article 104.1. L'avocate d'Air Canada a donc souligné la nature draconienne de ces pouvoirs, faisant notamment remarquer que le responsable de l'enquête rendait l'ordonnance d'interdiction sans possibilité, pour la compagnie aérienne concernée, d'être entendue auparavant et sans surveillance judiciaire. Par opposition, les ordonnances d'interdiction autorisées par le paragraphe 104(1) sont rendues par le Tribunal.

[36] L'avocate a soutenu que, dans ces circonstances et à la lumière des conséquences économiques potentiellement graves qu'une ordonnance d'interdiction pourrait avoir sur l'entreprise d'Air Canada, il ne fallait pas considérer que le législateur avait voulu empêcher le Tribunal de veiller à ce que les conditions légales préalables à l'exercice du pouvoir du Commissaire soient respectées. Un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi qui ne serait pas susceptible de révision irait à l'encontre de la primauté du droit, laquelle constitue un principe constitutionnel fondamental.

[37] D'autre part, l'avocat du Commissaire a souligné la nature provisoire des ordonnances ainsi que la clause privative étanche mettant celles-ci à l'abri de la révision judiciaire. En outre, il n'y avait rien de surprenant dans les pouvoirs du Commissaire puisque l'intervention précoce, la rapidité et le caractère définitif étaient essentiels dans la situation prévalant dans l'industrie du transport aérien au Canada. Sans un tel pouvoir, une compagnie aérienne naissante pourrait ne jamais décoller, tant au sens propre qu'au sens figuré, ce qui irait à l'encontre de l'objet du régime législatif, qui consiste à empêcher l'abus de position dominante sur le marché et l'entrave à la concurrence.

[38] De plus, selon l'avocat du Commissaire, la révision approfondie de la part du Tribunal qu'a sollicitée Air Canada en vertu du paragraphe 104.1(7) est prévue au paragraphe 104(1). En vertu de cette disposition, le Tribunal peut accorder une injonction interlocutoire une fois que le Commissaire a terminé son enquête et lui a présenté, en vertu de l'article 79, une

anti-competitive conduct resulting in a lessening of competition. The effect of Air Canada's argument would tend to merge the powers conferred by sections 104 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, s. 37] and 104.1, and effectively to read the latter out of the Act. In adding section 104.1 to the statutory scheme, Parliament recognized that, without a summary power to intervene very early in an investigation, the Commissioner could not adequately ensure competition in the air transportation market in Canada.

[39] Moreover, counsel for the Commissioner maintained, it was misleading for Air Canada to characterize the subsection 104.1(1) power as unfettered simply because the scope of the Tribunal's power was limited. Thus, counsel pointed to two statutory limits on the exercise of the Commissioner's power to issue a restraining order. First, on a subsection 104.1(7) review the Tribunal must determine *de novo* if any of the prescribed harms is likely to occur in the absence of a temporary order. Second, subsection 104.1(14) requires the Commissioner to complete as "expeditiously as possible" the investigation giving rise to the temporary order.

[40] In my opinion, the Commissioner's analysis of the statutory provisions is the more realistic and does not free from curial oversight his exercise of the power to issue a temporary restraining order. It would seem open to Air Canada to make an application to the Trial Division under section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to review a temporary order if it thought that the Commissioner was abusing the powers conferred on him by Parliament.

[41] Subject to the limited grounds on which the Tribunal can review an order under subsection 104.1(7), the strong privative clause in subsection 104.1(11) purports to exclude judicial review of other aspects of the validity of an order. However, provisions of this

demande d'ordonnance interdisant les agissements anti-concurrentiels qui résultent en une diminution de la concurrence. S'il était accepté, l'argument d'Air Canada aurait pour effet de tendre à fusionner les pouvoirs conférés par les articles 104 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 37] et 104.1 et de faire en sorte que ce dernier article soit interprété comme s'il ne faisait pas partie de la Loi. En ajoutant l'article 104.1 au régime législatif, le législateur a reconnu que, sans pouvoir sommaire d'intervenir très tôt au cours d'une enquête, le Commissaire ne pourrait pas assurer adéquatement l'existence de concurrence dans le marché du transport aérien au Canada.

[39] De plus, selon l'avocat du Commissaire, il était trompeur de la part d'Air Canada de qualifier d'absolu le pouvoir conféré par le paragraphe 104.1(1) simplement parce que la portée du pouvoir du Tribunal est limitée. L'avocat a donc souligné deux restrictions apportées par la loi à l'exercice du pouvoir du Commissaire de rendre une ordonnance d'interdiction. Premièrement, lors de la révision visée par le paragraphe 104.1(7), le Tribunal doit déterminer *de novo* si les dommages prévus se produiront vraisemblablement en l'absence d'une ordonnance provisoire. Deuxièmement, le paragraphe 104.1(14) exige que le Commissaire mène à terme «avec toute la diligence possible» l'enquête ayant donné lieu à l'ordonnance provisoire.

[40] D'après moi, l'analyse que le Commissaire a faite des dispositions législatives est la plus réaliste et ne met pas à l'abri de la surveillance judiciaire l'exercice de son pouvoir de rendre une ordonnance d'interdiction provisoire. Il paraît loisible à Air Canada, en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, de présenter à la Section de première instance une demande de contrôle d'une ordonnance provisoire si elle estime que le Commissaire abuse des pouvoirs que lui a conférés le législateur.

[41] Sous réserve des motifs limités pour lesquels le Tribunal peut réviser une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 104.1(7), la clause privative étanche figurant au paragraphe 104.1(11) vise à interdire le contrôle judiciaire d'autres aspects de la validité d'une

kind are presumed not to preclude the courts from reviewing the legal validity of an exercise of statutory power. I see nothing in the wording of subsection 104.1(11) that prevents this presumption from coming into play.

[42] On the other hand, the existence of the privative clause in a statutory scheme designed specifically for the administration of the *Competition Act* may indicate that the Court should show restraint in the exercise of its judicial review jurisdiction. However, that does not mean that the Court would be unable to intervene to prevent a manifest abuse by the Commissioner of his statutory authority.

[43] Accordingly, I do not approach the interpretation of the provisions relevant to determining the scope of the Tribunal's review powers under subsection 104.1(7) with the apocalyptic scenario in mind constructed by counsel for Air Canada. Instead, I remind myself that, although the Competition Tribunal is presided over, and in this case composed of, one of the specially designated judges of the Trial Division of the Federal Court, it is a statutory administrative body and has only such legal powers as are conferred on it by Parliament. In addition, as counsel for Air Canada conceded, in an appeal under section 13 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 24] of the *Competition Act* the Tribunal's interpretation of the provisions of the Act in dispute here is subject to review on a standard of correctness.

[44] Turning now to subsection 104.1(7) itself, I think that it is clear that, by expressly identifying the aspects of a temporary order that the Tribunal may review, namely, the conditions set out in paragraph 104.1(1)(b), the subsection does not empower the Tribunal to review other aspects of the order. Moreover, this provision surely lends itself to the maxim, *expressio unius exclusio alterius*, and thereby precludes the implication of some broader power in the Tribunal to review temporary orders issued by the Commissioner under subsection 104.1(1).

ordonnance. Cependant, les dispositions de cette nature sont présumées ne pas empêcher les tribunaux de statuer sur la légalité de l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi. Je ne vois rien dans le libellé du paragraphe 104.1(11) qui empêche cette présomption d'entrer en jeu.

[42] Par ailleurs, l'existence de la clause privative dans un régime législatif conçu expressément pour l'application de la *Loi sur la concurrence* peut indiquer que la Cour devrait faire preuve de réserve lorsqu'elle exerce son pouvoir de contrôle judiciaire. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour serait incapable d'intervenir pour empêcher le Commissaire d'abuser manifestement de son pouvoir légal.

[43] Par conséquent, je ne conçois pas selon le scénario apocalyptique imaginé par l'avocate d'Air Canada l'interprétation des dispositions pertinentes quant à la détermination de la portée des pouvoirs de révision que confère au Tribunal le paragraphe 104.1(7). Je me rappelle plutôt que, même si le Tribunal de la concurrence est présidé, et formé en l'espèce, par l'un des juges spécialement désignés de la Section de première instance de la Cour fédérale, il s'agit d'un organisme administratif créé par la loi qui n'a que les pouvoirs que lui a donnés le législateur. En outre, comme l'avocate d'Air Canada l'a concédé, dans le cadre d'un appel interjeté en vertu de l'article 13 [mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 24] de la *Loi sur la concurrence*, l'interprétation par le Tribunal des dispositions de la Loi qui sont en litige en l'espèce est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[44] Abordant maintenant le paragraphe 104.1(7) lui-même, j'estime qu'il est clair qu'en mentionnant expressément les éléments d'une ordonnance provisoire susceptibles de révision par le Tribunal, à savoir les conditions énoncées dans l'alinéa 104.1(1)(b), ce paragraphe ne donne pas au Tribunal le pouvoir de réviser d'autres éléments de l'ordonnance. De plus, cette disposition se prête certainement à la maxime *expressio unius exclusio alterius*, de sorte qu'elle empêche qu'on déduise que le Tribunal jouit d'un pouvoir général de révision des ordonnances provisoires que le Commissaire rend en vertu du paragraphe 104.1(1).

[45] In concluding that a broader power than that conferred by subsection 104.1(7) should be imputed to it, the Tribunal in effect adopted the rule of law argument advanced during this appeal by Air Canada. Thus, the Tribunal stated (*supra*, at paragraph 30):

It cannot be that Parliament intended to leave Air Canada bound by orders which were issued without jurisdiction. Any suggestion that the Commissioner cannot be required to obey the law in his dealings with Air Canada is unacceptable.

[46] I would not take issue with this sentiment. However, in my opinion, even if the Tribunal were restricted to reviewing an order on the ground identified in subsection 104.1(7), Air Canada would not be subject to the exercise of lawless caprice on the part of the Commissioner. As I have already indicated, the courts' traditional interpretation of preclusive clauses, including clauses as strong as that contained in subsection 104.1(11), enables a person to seek relief in the Court from a manifest abuse of statutory power, including a stay of the order pending the determination of its validity on an application for judicial review.

[47] However, the interpretation of administrative tribunals' powers of review is not subject to the same legal principles as those applicable to courts' judicial review jurisdiction, namely, that legislatures are presumed not to intend and ultimately are not constitutionally competent to preclude a review of the legality of administrative action that impinges on the rights or interests of individuals.

[48] Armed with what in my respectful view is the erroneous view that, on the Commissioner's interpretation of the scope of the Tribunal's power of review, Air Canada was legally at his mercy, the Tribunal found solace (*supra*, at paragraph 34) in subsection 11(1) of the *Competition Tribunal Act*. This provides that the Chairman of the Tribunal, or a judicial member designated by the Chairman, sitting alone, may

[45] En concluant qu'on devrait lui imputer un pouvoir général excédant celui prévu au paragraphe 104.1(7), le Tribunal a en fait adopté l'argument de la primauté du droit avancé au cours du présent appel par Air Canada. Par conséquent, le Tribunal a déclaré (précité, au paragraphe 30):

Le législateur ne peut avoir voulu qu'Air Canada soit liée par une ordonnance rendue en l'absence de toute compétence. Toute proposition selon laquelle le commissaire ne peut être tenu de se conformer à la loi dans ses rapports avec Air Canada est inadmissible.

[46] Je ne contesterais pas cette appréciation. Je suis toutefois d'avis que même si le Tribunal était limité à réviser une ordonnance pour le motif énoncé au paragraphe 104.1(7), Air Canada ne serait pas assujettie à l'exercice arbitraire illégal du pouvoir du Commissaire. Comme je l'ai déjà indiqué, la façon dont les tribunaux interprètent traditionnellement les clauses limitatives, y compris les clauses aussi étanches que celle figurant au paragraphe 104.1(11), permet à une personne de solliciter auprès de la Cour une réparation contre un abus manifeste de pouvoir légal, la Cour pouvant notamment ordonner la suspension de l'ordonnance dans l'attente qu'il soit statué sur sa validité dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire.

[47] Cependant, l'interprétation des pouvoirs de révision des tribunaux administratifs n'est pas assujettie aux mêmes principes de droit que celle applicable à la compétence des tribunaux judiciaires en matière de contrôle judiciaire, à savoir que les législatures sont présumées ne pas vouloir empêcher la révision de la légalité des actes administratifs qui portent atteinte aux droits ou aux intérêts des personnes, et elles ne sont pas constitutionnellement compétentes en bout de ligne pour le faire.

[48] Ayant adopté ce qui constitue à mon humble avis l'opinion erronée que, selon l'interprétation par le Commissaire de la portée du pouvoir de révision du Tribunal, Air Canada était à la merci du Commissaire sur le plan juridique, le Tribunal a trouvé une échappatoire (précité, au paragraphe 34) dans le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Ce paragraphe prévoit que le président du

hear and determine, among other things, applications under subsection 104.1(7) “and any related matters.” The Tribunal concluded that these latter words enable the Tribunal to determine by reference to aspects of the order not included in paragraph 104.1(1)(b) whether an order issued by the Commissioner is statutorily authorized.

[49] In my respectful opinion, this subsection cannot support the weight placed upon it by the Tribunal. The purpose of subsection 11(1) of the *Competition Tribunal Act* seems simply to identify matters arising under the *Competition Act* that the Chairman of the Tribunal or another judicial member can hear and decide when sitting alone. Therefore, if the Tribunal, when normally constituted, does not have the power to review the validity of a temporary order on grounds not included in subsection 104.1(7), subsection 11(1) does not confer it when the Tribunal is constituted by the Chairman or another judicial member.

[50] Whether the Tribunal has this broad review jurisdiction when sitting with its regular quorum depends on the interpretation of subsection 8(1) of the *Competition Tribunal Act*. This provides that, on an application under Part VIII of the *Competition Act*, the Tribunal may also hear and determine “any matters related thereto.” Subsection 104.1(1) is located in Part VIII. Therefore, the question is whether, for the purpose of subsection 8(1), the review of the validity of a temporary order on a ground not included in subsection 104.1(7) is a matter related to a subsection 104.1(7) application. If such an inquiry were a “related matter” within the meaning of subsection 8(1), then it, too, could well come within the decision-making powers delegated to the Chairman or another judicial member pursuant to subsection 11(1).

[51] Subsection 8(1) of the *Competition Tribunal Act* was considered by the Supreme Court of Canada in *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394. The issue in that case

Tribunal ou un juge siégeant seul désigné par ce dernier peut statuer notamment sur les demandes présentées en vertu du paragraphe 104.1(7) «ainsi que sur toute question afférente». Le Tribunal a conclu que ces derniers mots lui permettaient de déterminer, par analogie aux éléments de l’ordonnance non visés par l’alinéa 104.1(1)b), si la loi autorisait l’ordonnance rendue par le Commissaire.

[49] Je suis d’avis que cet alinéa ne peut pas justifier l’importance que lui accorde le Tribunal. Le paragraphe 11(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* semble simplement avoir pour objet d’énoncer les questions se posant sous le régime de la *Loi sur la concurrence* et sur lesquelles le président du Tribunal ou un autre juge membre du Tribunal peut statuer lorsqu’il siège seul. En conséquence, si, lorsqu’il est normalement constitué, le Tribunal n’a pas le pouvoir de réviser la validité d’une ordonnance provisoire pour des motifs non visés par le paragraphe 104.1(7), le paragraphe 11(1) ne lui confère pas ce pouvoir lorsqu’il est formé du président ou d’un autre juge.

[50] La réponse à la question de savoir si le Tribunal a cette compétence générale de révision lorsqu’il siège en formation complète repose sur l’interprétation du paragraphe 8(1) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*. Ce paragraphe prévoit que, sur demande présentée en vertu de la partie VIII de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal peut également statuer sur «toute question s’y rattachant». Le paragraphe 104.1(1) se situe dans la partie VIII, de sorte que la question qui se pose consiste à savoir si, pour l’application du paragraphe 8(1), l’examen de la validité d’une ordonnance provisoire relativement à un motif non visé par le paragraphe 104.1(7) est une question se rattachant à une demande fondée sur le paragraphe 104.1(7). Si un tel examen constituait une «question s’y rattachant» au sens du paragraphe 8(1), il pourrait lui aussi fort bien relever des pouvoirs décisionnels délégués au président ou à un autre juge membre par le paragraphe 11(1).

[51] Dans l’arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, la Cour suprême du Canada s’est penchée sur le paragraphe 8(1) de la *Loi sur le Tribunal de la*

was whether the words “any matters related thereto” conferred jurisdiction on the Tribunal over civil contempt proceedings for breach of an order that it had made in a Part VIII application. Writing for a majority of the Court, Gonthier J. held that they did. He said (at paragraph 22) that the words, “any matters related thereto”, “pertain to the applications, and not to the hearing and determination of the applications.” He concluded as follows:

The jurisdiction of the Tribunal does not terminate upon the determination of an application, . . . but it may encompass other matters related to the application, such as the enforcement of an order made pursuant to the application.

He rejected the argument that a matter was only “related” if it arose as an ancillary or incidental matter in the course of the Tribunal’s hearing and determining a Part VIII application.

[52] In my opinion, however, *Chrysler, supra*, does not support the proposition that a general examination by the Tribunal of the validity of a temporary order is a matter related to the application under subsection 104.1(7). To conclude otherwise would in effect extend the scope of the Tribunal’s review of an order beyond the limits defined by Parliament. There would have been little point in Parliament’s defining in subsection 104.1(7) the scope of the Tribunal’s review jurisdiction if it intended the words “any matter related thereto” in the secondary statute to free the Tribunal from the limits imposed by the provision in the principal legislation dealing specifically with this issue.

[53] In my opinion, therefore, whether the Tribunal is sitting with its regular quorum or under subsection 11(1), its jurisdiction to review a temporary restraining order is limited by subsection 104.1(7) to the issue of harm. A review of the validity of the order on other grounds is not a matter related to a subsection 104.1(7) application.

[54] Finally, it might be said that the review process would be more efficient if, rather than leaving some

*concurrency*. La question en litige dans cette affaire était de savoir si les mots «toute question s’y rattachant» conféraient compétence au Tribunal pour statuer sur des procédures d’outrage au tribunal en matière civile pour la violation d’une ordonnance qu’il avait rendue dans le cadre d’une demande présentée en vertu de la partie VIII. S’exprimant au nom de la majorité de la Cour, le juge Gonthier a conclu que ces mots étaient attributifs de compétence, disant (au paragraphe 22) que les mots «toute question s’y rattachant» «se rapportent aux demandes et non à leur audition». Il a conclu ainsi:

La compétence du Tribunal ne prend pas fin lorsqu’il statue sur une demande, [. . .] mais elle peut englober d’autres questions relatives à la demande, comme l’exécution d’une ordonnance rendue conformément à la demande.

Il a rejeté l’argument voulant qu’une question ne se «rattachait» que si elle se posait de manière accessoire ou incidente lorsque le Tribunal statuait sur une demande fondée sur la partie VIII.

[52] À mon avis, toutefois, l’arrêt *Chrysler*, précité, n’appuie pas la proposition que l’examen général, par le Tribunal, de la validité d’une ordonnance provisoire est une question afférente à la demande présentée en vertu du paragraphe 104.1(7). Conclure autrement mènerait en fait à l’élargissement de la portée de la révision d’une ordonnance par le Tribunal au-delà des limites définies par le législateur. Il aurait été inutile que le législateur circoncrive au paragraphe 104.1(7) la portée de la compétence du Tribunal en matière d’examen s’il avait voulu que les mots «toute question s’y rattachant», qui figurent dans la loi secondaire, libèrent le Tribunal des restrictions prescrites par la disposition de la loi principale qui traite expressément de cette question.

[53] Je suis donc d’avis que, peu importe que le Tribunal siège en formation complète ou suivant les dispositions du paragraphe 11(1), le paragraphe 104.1(7) limite à la question des dommages sa compétence en matière d’examen des ordonnances d’interdiction provisoires. L’examen de la validité des ordonnances à la lumière d’autres motifs n’est pas une question afférente à une demande présentée en vertu du paragraphe 104.1(7).

[54] Enfin, on pourrait dire que le processus de révision serait plus efficace si le Tribunal révisait tous

aspects of the legality of an order to be decided in a judicial review proceeding in the Federal Court, the Tribunal reviewed every aspect of the legality of temporary restraining orders, especially since the Tribunal is always chaired by and sometimes comprises a Federal Court judge.

[55] Whatever the merits of such a suggestion, a question on which I venture no opinion, subsections 8(1) and 11(1) are an inadequate basis in my view for concluding that Parliament intended, in effect, to confer on the Tribunal the full judicial review jurisdiction of the Federal Court. This would be the result of holding that the words “any related matter” expanded the scope of the Tribunal’s review to include aspects of the validity of an order other than those clearly identified in subsection 104.1(7). It is highly implausible that Parliament intended the words “any related matter” in subsection 11(1), a provision that is not limited to subsection 104.1(7) applications, to nullify the express and specific limits imposed by subsection 104.1(7) on the scope of the Tribunal’s jurisdiction to review temporary orders issued under subsection 104.1(1).

[56] Having thus concluded that the Tribunal erred in law when it examined the legality of the Commissioner’s opinion that Air Canada’s discount fares could constitute anti-competitive conduct, it is unnecessary to determine if the Tribunal adopted the appropriate standard of review when it decided that the order was not legally flawed.

Issue 3 Did the Tribunal err when it concluded that, without the temporary order, CanJet was likely to suffer “a significant loss of revenue” within the meaning of subparagraph 104.1(1)(b)(ii)?

[57] Counsel made two points here. First, in determining *de novo* that there was sufficient evidence of a likelihood of harm at the time of the hearing, the

les éléments de la légalité des ordonnances d’interdiction provisoires plutôt qu’il soit laissé à la Cour fédérale le soin de statuer sur certains éléments de celle-ci dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, d’autant plus que le Tribunal est toujours présidé par un juge de la Cour fédérale et que l’un de ses membres en est parfois un.

[55] Nonobstant le bien-fondé d’une telle suggestion, sur lequel je ne me prononce pas, je suis d’avis que les paragraphes 8(1) et 11(1) constituent un fondement insuffisant pour permettre la conclusion que le législateur voulait en fait conférer au Tribunal la pleine compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire. Ce serait la conclusion à laquelle on arriverait si on interprétait les mots «toute question afférente» comme élargissant la portée de la révision du Tribunal pour qu’elle englobe des éléments de la validité d’une ordonnance autres que ceux qui sont clairement mentionnés au paragraphe 104.1(7). Il est fort improbable que le législateur ait voulu que les mots «toute question afférente» figurant au paragraphe 11(1), disposition qui ne porte pas uniquement sur les demandes présentées en vertu du paragraphe 104.1(7), rendent sans effet les limites précises que ce paragraphe impose expressément quant à la portée de la compétence qu’a le Tribunal pour réviser les ordonnances provisoires rendues en vertu du paragraphe 104.1(1).

[56] Ayant donc conclu que le Tribunal a commis une erreur de droit lorsqu’il a examiné la légalité de l’opinion du Commissaire selon laquelle les tarifs réduits d’Air Canada pouvaient constituer des agissements anti-concurrentiels, il n’y a pas lieu que je détermine si le Tribunal a adopté la norme de révision applicable lorsqu’il a conclu que l’ordonnance n’était pas viciée en droit.

Question 3 Le Tribunal a-t-il commis une erreur en concluant qu’en l’absence d’ordonnance provisoire, CanJet subirait vraisemblablement «une perte importante de revenu» au sens du sous-alinéa 104.1(1)(b)(ii)?

[57] L’avocate a invoqué deux arguments à cet égard. Premièrement, en déterminant *de novo* qu’il y avait une preuve suffisante de la probabilité de dommages au

Tribunal applied the wrong standard of proof. The Tribunal should have asked itself whether harm of the prescribed kind was likely to occur on a balance of probability or, which is the same thing, whether the harm was more likely than not to occur. It was not always clear from the reasons of the Tribunal, counsel submitted, that this was the standard being applied.

[58] Counsel for the Commissioner agreed that the balance of probabilities is the applicable standard of proof. Seeing no reason to disagree with the parties on this issue, I need say no more about it. However, I would add that I do not agree with the suggestion made on behalf of Air Canada that the Tribunal's reasons indicate that it applied a lower standard of proof than a balance of probabilities.

[59] The second aspect of the harm issue raised in oral argument by counsel for Air Canada was that a loss of revenue could only be "significant" within the meaning of subparagraph 104.1(1)(b)(ii) if it was so large as virtually to spell the commercial death of the competitor. In the absence of any error of law by the Tribunal in its formulation of the meaning of the word "significant", whether the statutory standard is met in any given case has such a large factual element that this Court should not intervene on an appeal unless the Tribunal's conclusion was unreasonable.

[60] Whether any such error occurred here is not a question that is usefully pursued in the context of an appeal of an order that expired 13 months ago. It raises no question of law that will affect the rights of Air Canada in the future and therefore does not fall within the *Borowski*, *supra*, exception to the principle that the Court should not determine litigation that is moot.

[61] Nor would it serve any useful purpose for this Court to attempt to elaborate the meaning of "significant". The Commissioner and the Tribunal must make their assessments on the basis of the facts of each

moment de l'audience, le Tribunal a appliqué la mauvaise norme de preuve. Le Tribunal aurait dû se demander si, selon la probabilité la plus forte, des dommages de la nature de ceux mentionnés se seraient vraisemblablement produits ou, ce qui revient au même, si ces dommages avaient plus de chances de se produire que de ne pas se produire. L'avocate a soutenu que les motifs du Tribunal ne faisaient pas toujours ressortir que telle était la norme appliquée.

[58] L'avocat du Commissaire a convenu que la norme de preuve applicable était celle de la probabilité la plus forte. Ne voyant aucune raison d'être en désaccord avec les parties sur cette question, je ne vois pas la nécessité d'élaborer. J'ajouterais cependant que je ne suis pas d'accord avec l'affirmation faite au nom d'Air Canada selon laquelle les motifs du Tribunal indiquent que celui-ci a appliqué une norme de preuve moins exigeante que celle de la probabilité la plus forte.

[59] Selon le deuxième élément de la question des dommages que l'avocate d'Air Canada a soulevé dans sa plaidoirie, une perte de revenu peut être «importante» au sens du sous-alinéa 104.1(1)(b)(ii) uniquement si elle est si grande qu'elle signifie pratiquement la mort commerciale du concurrent. En l'absence d'erreur de droit de la part du Tribunal dans son interprétation du sens du mot «important», la question de savoir si la norme légale est respectée dans un cas donné comporte un élément factuel si grand que la Cour ne devrait pas intervenir en appel à moins que la conclusion du Tribunal soit déraisonnable.

[60] La question de savoir si une telle erreur s'est produite en l'espèce ne constitue pas une question qu'il est utile d'examiner dans le cadre de l'appel d'une ordonnance qui a pris fin il y a 13 mois. Cette question ne soulève aucune question de droit qui touchera les droits d'Air Canada dans le futur, de sorte qu'elle n'est pas visée par l'exception de l'arrêt *Borowski*, précité, au principe que la Cour ne devrait pas statuer sur un litige théorique.

[61] Il n'y aurait pas d'utilité non plus à ce que la Cour tente de déterminer avec précision le sens du mot «important». Le Commissaire et le Tribunal doivent faire leurs évaluations à la lumière des faits de chaque

case, and having regard to the language of the statutory provision and its function in the legislative scheme. I would note only that, since the likely elimination of a competitor is one of the kinds of harm set out in paragraph 104.1(1)(b), it cannot be that harm is only “significant” within the meaning of that paragraph if it is so serious that the competitor is likely to be eliminated.

#### F. CONCLUSIONS

[62] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs payable to the Commissioner by Air Canada.

RICHARD C.J.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

affaire compte tenu du libellé de la disposition législative et de sa fonction dans le régime législatif. Je soulignerais seulement qu'étant donné que l'élimination probable d'un concurrent constitue l'un des genres de dommages énoncés à l'alinéa 104.1(1)b), il est inconcevable que le dommage est «important» au sens de cet alinéa uniquement s'il est grave au point que le concurrent sera vraisemblablement éliminé.

#### F. CONCLUSIONS

[62] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens payables au Commissaire par Air Canada.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.