

T-3418-81

T-3418-81

**Canadian Human Rights Commission (Applicant)****La Commission canadienne des droits de la personne (Requérante)**

v.

a c.

**Frank D. Jones and Air Canada (Respondents)****Frank D. Jones et Air Canada (Intimés)**

Trial Division, Walsh J.—Ottawa, September 17 and October 1, 1981.

Division de première instance, le juge Walsh—Ottawa, 17 septembre et 1<sup>er</sup> octobre 1981.

*Prerogative writs — Mandamus — Application for a writ of mandamus requiring the respondent Jones to order the respondent Air Canada to cease a discriminatory practice — Jones held that he lacked jurisdiction to so order since he could not enforce such a remedy which would involve amending fares, a matter within the jurisdiction of the Air Transport Committee — Both applicant and Air Canada applied to Court of Appeal for judicial review — Applicant contends that Jones' finding was a refusal to make a decision or order contrary to the allegedly mandatory provisions of s. 41(2) of the Canadian Human Rights Act — Whether Trial Division has jurisdiction over the present proceedings in view of s. 28(3) of the Federal Court Act — Whether the right of appeal provided in s. 42.1 of the Canadian Human Rights Act precludes an application for mandamus — Whether mandamus is the appropriate remedy since Jones found that he had no jurisdiction to issue the order — Application dismissed — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 41(1),(2), 42.1 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 28(3), 50 — Air Carrier Regulations, C.R.C. 1978, Vol. I, c. 3, ss. 112(8), 113, 115.*

*Brefs de prérogative — Mandamus — Demande de bref de mandamus enjoignant à l'intimé Jones d'ordonner à l'intimée Air Canada de mettre fin à un acte discriminatoire — Jones a décidé qu'il n'avait pas compétence pour rendre une telle ordonnance, puisqu'il ne pouvait faire exécuter ce redressement qui impliquerait la modification des tarifs, question qui relève de la compétence du Comité des transports aériens — Tant la requérante qu'Air Canada se sont adressées à la Cour d'appel pour solliciter un examen judiciaire — La requérante prétend que la conclusion de Jones constituait un refus de rendre une décision ou ordonnance, en violation des dispositions présumément obligatoires de l'art. 41(2) de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Il échet d'examiner si la Division de première instance a compétence en l'espèce, étant donné l'art. 28(3) de la Loi sur la Cour fédérale — Il y a à déterminer si le droit d'appel prévu à l'art. 42.1 de la Loi canadienne sur les droits de la personne exclut toute demande de bref de mandamus — Il faut déterminer si le bref de mandamus est le recours approprié, puisque Jones a conclu à son incompétence pour rendre l'ordonnance — Demande rejetée — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, c. 33, art. 41(1),(2), 42.1 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, art. 28(3), 50 — Règlement sur les transporteurs aériens, C.R.C. 1978, Vol. I, c. 3, art. 112(8), 113, 115.*

Application for a writ of *mandamus* requiring the respondent Jones to order the respondent Air Canada to cease a discriminatory practice. The respondent Jones found that Air Canada was engaged in a discriminatory practice, but that he lacked the jurisdiction to require Air Canada to cease the discriminatory practice since he could not enforce such a remedy which would involve amending fares, a matter within the jurisdiction of the Air Transport Committee. The Commission applied for judicial review of Jones' finding that he lacked jurisdiction to order Air Canada to desist from its practice, and Air Canada applied for judicial review of the decision that it was guilty of a discriminatory practice. The applicant contends that Jones' finding that he had no jurisdiction to order Air Canada to cease its discriminatory practice was a refusal to make a decision or order. It also contends that subsection 41(2) of the *Canadian Human Rights Act*, which confers the power to make certain orders against a person found to be engaging in a discriminatory practice, is mandatory. The questions are whether the Trial Division has jurisdiction over the present proceedings in view of subsection 28(3) of the *Federal Court Act*, which provides that the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of a decision or order which may be subject to judicial review by the Court of Appeal; whether the provision of a right to appeal Jones' decision in section 42.1 of the *Canadian Human Rights Act* precludes an

Demande de bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé Jones d'ordonner à l'intimée Air Canada de mettre fin à un acte discriminatoire. L'intimé Jones a conclu qu'Air Canada était coupable d'un acte discriminatoire, mais qu'il n'avait pas compétence pour enjoindre à Air Canada d'y mettre fin, puisqu'il ne pouvait faire exécuter un tel redressement qui impliquerait la modification des tarifs, question relevant de la compétence du Comité des transports aériens. La Commission a demandé un examen judiciaire de la décision de Jones portant qu'il n'avait pas compétence pour ordonner à Air Canada de mettre fin à son acte, et Air Canada a également demandé un examen judiciaire de la décision selon laquelle elle était coupable d'un acte discriminatoire. La requérante soutient que la décision de Jones qu'il n'avait pas compétence pour ordonner à Air Canada de mettre fin à son acte discriminatoire constituait un refus de rendre une décision ou ordonnance. Elle soutient aussi qu'est obligatoire le paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui confère le pouvoir de rendre certaines ordonnances contre une personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire. Il échet d'examiner si la Division de première instance a compétence en l'espèce étant donné le paragraphe 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui prévoit que la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à une décision ou ordonnance susceptible d'être soumise à un examen judiciaire par la Cour d'appel,

application for *mandamus*; and, whether *mandamus* is the appropriate remedy since Jones found that he had no jurisdiction to issue the order.

*Held*, the application is dismissed. *Mandamus* should not be issued for various procedural grounds. Jones considered that he was prevented from making the order sought by the applicant. Whether this finding was right or wrong is a matter which can perhaps only be finally decided at the highest level, but it is a finding which he made as to his jurisdiction. Since the applicant concedes that the Court of Appeal does have jurisdiction over the respondent's section 28 application, it would be incongruous if it were found that it did not have jurisdiction over Jones' finding that he lacked jurisdiction to order Air Canada to file an amended fare tariff. It appears questionable whether Jones' finding can be broken down into two parts. Also, *mandamus* is a remedy to which effect is supposed to be given promptly and it would be incongruous if Jones were to be ordered to direct Air Canada to amend its fare structure, only perhaps to have the Court of Appeal find subsequently that the present fare structure does not infringe the *Canadian Human Rights Act*. Therefore the Trial Division has no jurisdiction in this matter. Section 42.1 of the Act provides that the Commission may appeal an order within 30 days after the order was pronounced. The applicant did not bring any such appeal. When a statute provides a right of appeal this is the appropriate remedy rather than to seek a *mandamus* which is not intended to be an alternative remedy. It does not appear to be an appropriate use of *mandamus* to seek to make Jones issue an order which he has found that he has no jurisdiction to issue. This does not appear to be a refusal to perform a duty which he is called upon by law to perform, but rather a difference of opinion as to whether Jones has jurisdiction to perform such a duty. Such a difference of opinion should certainly be settled on appeal. The refusal to issue the *mandamus* does not result from the exercise of judicial discretion, but rests solely on the basis of various procedural issues.

*Curr v. The Queen* [1972] S.C.R. 889, applied. *National Indian Brotherhood v. Juneau* [No. 2] [1971] F.C. 66; reversed by [1971] F.C. 73, applied. *Harelkin v. The University of Regina* [1979] 2 S.C.R. 561, applied. *Canadian Human Rights Commission v. British American Bank Note Co.* [1981] 1 F.C. 578, distinguished. *Oscroft v. Benabo* [1967] 2 All E.R. 548, referred to. *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997, referred to. *Albermarle Paper Co. v. Moody* 9 EPD 7999, referred to. *Gana v. Minister of Manpower and Immigration* [1970] S.C.R. 699, referred to. *Landreville v. The Queen* [1981] 1 F.C. 15, referred to.

APPLICATION.

COUNSEL:

R. Juriansz for applicant.

si le droit d'interjeter appel de la décision de Jones prévu à l'article 42.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* exclut toute demande de bref de *mandamus*, et si le bref de *mandamus* est le recours approprié, puisque Jones a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance.

*Arrêt*: la demande est rejetée. Le bref de *mandamus* ne devrait pas être accordé pour divers motifs d'ordre procédural. Jones a considéré qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance demandée par la requérante. La question de savoir si cette conclusion est correcte ou non en est une qui ne peut probablement être tranchée de façon définitive que par le tribunal de dernière instance, mais c'est la conclusion à laquelle il est arrivé quant à sa compétence. Étant donné que la requérante admet que la Cour d'appel est compétente pour connaître de la demande fondée sur l'article 28 présentée par l'intimée, il serait absurde s'il était décidé que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour connaître de la décision par laquelle Jones se déclarait incompétent pour ordonner à Air Canada de déposer un tarif modifié. Il semble douteux que la décision de Jones puisse être divisée en deux. De plus, le bref de *mandamus* est un redressement qui doit normalement prendre effet dans les meilleurs délais et il en résulterait une situation absurde s'il était ordonné à Jones d'enjoindre à Air Canada de modifier ses tarifs et que la Cour d'appel décidait plus tard que la structure tarifaire actuelle ne contrevient pas aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La Division de première instance n'a donc pas compétence en la matière. L'article 42.1 de la Loi prévoit que la Commission peut interjeter appel dans les 30 jours du prononcé de l'ordonnance. La requérante n'a pas interjeté appel. Lorsqu'une loi prévoit un droit d'appel, c'est là le recours approprié qu'il faut exercer plutôt que de demander un bref de *mandamus*, qui n'est pas censé être une solution de remplacement. Il ne semble pas que ce soit faire un usage approprié du *mandamus* que de chercher à obliger Jones à émettre une ordonnance pour l'émission de laquelle il s'est déclaré incompétent. Cela ne semble pas constituer un refus d'accomplir un acte que la loi l'oblige à accomplir, mais plutôt une différence d'opinions quant à savoir si Jones a compétence pour accomplir un tel acte. Une telle différence d'opinions devrait certainement être tranchée en appel. Le refus d'émettre le *mandamus* ne découle pas d'un exercice de discrétion judiciaire, mais se fonde uniquement sur diverses questions d'ordre procédural.

Arrêts appliqués: *Curr c. La Reine* [1972] R.C.S. 889; *National Indian Brotherhood c. Juneau* [N° 2] [1971] C.F. 66, infirmé par [1971] C.F. 73; *Harelkin c. L'université de Regina* [1979] 2 R.C.S. 561. Distinction faite avec l'arrêt: *La Commission canadienne des droits de la personne c. British American Bank Note Co.* [1981] 1 C.F. 578. Arrêts mentionnés: *Oscroft c. Benabo* [1967] 2 All E.R. 548; *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food* [1968] A.C. 997; *Albermarle Paper Co. c. Moody* 9 EPD 7999; *Gana c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration* [1970] R.C.S. 699; *Landreville c. La Reine* [1981] 1 C.F. 15.

DEMANDE.

AVOCATS:

R. Juriansz pour la requérante.

No one appearing for respondent Frank D. Jones.

*R. P. Saul* for respondent Air Canada.

SOLICITORS:

*Legal Branch, Canadian Human Rights Commission, Ottawa, for applicant.*

*Law Branch, Air Canada, Montreal, for respondent Air Canada.*

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

WALSH J.: Applicant applies for a writ of *mandamus* requiring the respondent Frank D. Jones pursuant to an appointment under section 39 of the *Canadian Human Rights Act*<sup>1</sup> to order the respondent Air Canada to cease a discriminatory practice. The application is brought on the ground that the respondent Frank D. Jones erred in law in declining to order the respondent Air Canada to cease a discriminatory practice. At the hearing of the application Mr. Jones was unrepresented but counsel for the Commission and for respondent Air Canada presented substantial evidence and arguments supported by extensive jurisprudence. After having given careful consideration to these arguments and to the jurisprudence I have reached the conclusion that the *mandamus* should not be issued for various procedural grounds which I will deal with separately. I will therefore not make any findings on the merits of the issue although it is necessary to reveal the factual background to some extent in order to decide the procedural issues involved.

OUTLINE OF FACTS

A complainant, Nancy Bain, filed a complaint on April 21, 1978, with the applicant, Canadian Human Rights Commission, pursuant to section 32 of the Act stating that the complainant had reasonable grounds to believe that the respondent Air Canada was engaged in or had engaged in a discriminatory practice on the basis of marital status. The essence of the complaint was that applying reduced fares to members of a family group travelling together on the basis of

<sup>1</sup> S.C. 1976-77, c. 33.

Personne n'a comparu pour l'intimé Frank D. Jones.

*R. P. Saul* pour l'intimée Air Canada.

PROCUREURS:

*Service du contentieux, Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa, pour la requérante.*

*Service du contentieux, Air Canada, Montréal, pour l'intimée Air Canada.*

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

LE JUGE WALSH: La requérante demande un bref de *mandamus* enjoignant à l'intimé Frank D. Jones, en sa qualité de membre de tribunal constitué sous le régime de l'article 39 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*<sup>1</sup>, d'ordonner à l'intimée Air Canada de mettre fin à un acte discriminatoire. La demande se base sur le fait que l'intimé Frank D. Jones aurait commis une erreur de droit en refusant d'ordonner à l'intimée Air Canada de mettre fin à un acte discriminatoire. A l'audition de la requête, M. Jones n'était pas représenté par un avocat mais ceux de la Commission et de l'intimée Air Canada ont présenté une preuve imposante et des arguments appuyés par une jurisprudence abondante. Après avoir examiné attentivement ces arguments et la jurisprudence, j'ai décidé de ne pas accorder de bref de *mandamus* pour divers motifs d'ordre procédural dont je parlerai séparément. Je ne me prononcerai donc pas sur le fond du litige, mais il est nécessaire de faire état dans une certaine mesure du contexte général pour trancher les questions de procédure qui se posent en l'espèce.

REVUE DES FAITS

Le 21 avril 1978, Nancy Bain, une plaignante, a déposé une plainte devant la Commission canadienne des droits de la personne, requérante, sous le régime de l'article 32 de la Loi. Elle y déclarait qu'elle avait des motifs raisonnables de croire que l'intimée Air Canada avait commis un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille. La plainte se résume à ceci: que le fait d'appliquer des tarifs réduits aux membres d'une famille voyageant ensemble en fondant cette réduction sur la

<sup>1</sup> S.C. 1976-77, c. 33.

marital status whereas such fares are not available to two single adults travelling together resulted in discrimination on the basis of marital status contrary to paragraph 2(a) and section 5 of the Act. On September 26, 1980, the applicant appointed the respondent, Frank D. Jones, hereinafter referred to as the Tribunal, to enquire into the complaint. His appointment was made pursuant to section 39 of the Act. In an agreed statement of facts filed at the hearing it was submitted that a family fare plan offered to a husband and wife also includes those in a common law status but that it does not apply to two or more adult persons travelling together who are not related in one of the manners set forth.

The matter was heard by Mr. Jones on December 3, 1980, and by decision rendered on April 15, 1981, after an extensive review of the jurisprudence and dictionary definition he found that "there is a differentiation which would adversely affect an individual who does not come within the family group" and he further found that "the definitions applicable to a family group are in part based on marital status. The adversity in relation to this differentiation would be the difference between the full fare and the family fare." He then goes on to state "Having found that I have jurisdiction to hear and determine and having made that determination, I then must consider the remedies asked." Earlier in his decision he had discussed the jurisprudence relating to the meaning of the word "jurisdiction" and in particular relied on the decision of Lord Diplock in the case of *Oscroft v. Benabo*<sup>2</sup> which held that there are two types of jurisdiction; one, a jurisdiction to hear and determine the proceedings, two, a jurisdiction to make the kind of order sought. He then reached the conclusion that the Tribunal lacks the jurisdiction to require Air Canada to cease the discriminatory practice or force it to make an application to the Air Transport Committee. He states "it is the Tribunal itself which must be able to effect a remedy in order for it to have jurisdiction to give that remedy rather than rely on an appeal to an independent body (the Federal Court) to enforce the remedy." He states:

<sup>2</sup> [1967] 2 All E.R. 548.

situation de famille alors que deux adultes célibataires voyageant ensemble ne peuvent pas se prévaloir de ces mêmes tarifs constituait un acte discriminatoire fondé sur la situation de famille en violation de l'alinéa 2a) et de l'article 5 de la Loi. Le 26 septembre 1980, la requérante a nommé l'intimé Frank D. Jones, ci-après appelé le tribunal, pour examiner la plainte. Sa nomination a été faite conformément à l'article 39 de la Loi. Dans l'exposé conjoint des faits déposé à l'audience, on a prétendu qu'un tarif familial offert au mari et à la femme inclut également les conjoints de fait mais qu'il ne s'applique pas à deux ou plusieurs adultes voyageant ensemble entre lesquels n'existe pas l'un ou l'autre des liens susmentionnés.

L'affaire a été entendue par M. Jones le 3 décembre 1980 et dans une décision rendue le 15 avril 1981, après examen approfondi de la jurisprudence et de définitions de divers dictionnaires, il a conclu qu'«il y a une distinction qui affecterait défavorablement un individu qui n'entre pas dans le 'groupe familial'» et en outre que «les définitions de ce groupe sont en partie fondées sur la situation de famille. La défaveur que crée cette distinction est la différence entre le tarif régulier et le tarif familial.» Plus loin, il dit: «Ayant établi que j'ai la juridiction d'entendre et de juger, et ayant jugé le cas, je dois maintenant me pencher sur les redressements recherchés.» Auparavant dans ses motifs, il avait examiné la jurisprudence relative à la signification du mot «compétence» et avait plus particulièrement retenu la décision de lord Diplock dans l'arrêt *Oscroft c. Benabo*<sup>2</sup> qui concluait à l'existence de deux genres de compétence; premièrement, la compétence d'entendre et de juger l'affaire et deuxièmement, la compétence de rendre l'ordonnance demandée. Il a ensuite conclu que le tribunal n'avait pas compétence pour ordonner à Air Canada de mettre fin à l'acte discriminatoire ou pour le forcer à présenter une demande au Comité des transports aériens. Il dit que «pour avoir 'jurisdiction' en ce qui concerne les redressements recherchés, c'est le tribunal lui-même qui doit pouvoir les faire exécuter afin d'avoir la juridiction d'accorder ce redressement, plutôt que de devoir se fier à un appel à un organisme indépendant (la Cour fédérale) pour faire exécuter le redressement.» Il ajoute:

<sup>2</sup> [1967] 2 All E.R. 548.

In a highly regulated industry such as the airline industry, the remedy urged upon this Tribunal by the Human Rights Commission, insofar as requiring an airline to cease a discriminatory fare, is unavailable to the Tribunal. This, in my opinion, does not mean that the Human Rights Commission could not lay a complaint against the Canadian Transport Commission if it feels that the fares are discriminatory and thus offend the Canadian Human Rights Act. The effect of this decision in declining to give an order requiring Air Canada to make an application to the Air Transport Committee (which may or may not recommend to the Canadian Transport Commission the change in fares proposed in the application and which the Canadian Transport Commission in turn may or may not accept the recommendation of the Air Transport Committee) is consistent with the case which was often quoted during the proceedings, namely, *Roberta Bailey, William Carson, Real J. Pellerin, Michael McCaffery and The Canadian Human Rights Commission v. Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of National Revenue*.

Subsection 41(2) of the *Canadian Human Rights Act* states that if, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice. The subsection goes on to say that it may require the person to cease the discriminatory practice and to make available to the victim of the discriminatory practice the rights denied the victim as a result of it, together with ancillary remedies. It was this order which the said respondent Jones refused to make on the grounds of lack of jurisdiction to do so.

On April 22, 1981, the Canadian Human Rights Commission made a section 28 application to the Federal Court of Appeal to review and set aside the decision and on April 23, 1981, Air Canada also made a section 28 application for an order setting aside the said decision. The decision as has been noted breaks down into two parts, the first being a finding that Air Canada was guilty of the discriminatory practice complained of, and the second being the finding that the Tribunal lacked jurisdiction to order Air Canada to desist from it in view of the fact that it alone cannot control fares which are subject to the general regulatory supervision of the Canadian Transport Commission.

All carriers must file their tariffs with the Air Transport Committee of the Canadian Transport

Le présent tribunal ne peut pas ordonner à une industrie aussi étroitement réglementée que celle des transports aériens le redressement que lui propose la Commission canadienne des droits de la personne, soit d'arrêter d'offrir un tarif aérien discriminatoire. Ce qui ne signifie pas, d'après moi, que la Commission canadienne des droits de la personne ne pourrait pas déposer une plainte auprès de la Commission canadienne des transports si elle est d'avis que les tarifs sont discriminatoires et enfreignent la Loi canadienne sur les droits de la personne. La décision de refuser d'ordonner à Air Canada de faire une demande auprès du Comité des transports aériens (lequel peut recommander ou ne pas recommander à la Commission canadienne des transports de changer les tarifs proposés dans la demande, et la Commission canadienne des transports à son tour peut accepter ou ne pas accepter la recommandation du Comité des transports aériens) est compatible avec celle qui a souvent été citée au cours des procédures, nommément: *Roberta Bailey, William Carson, Réal J. Pellerin, Michael McCaffery et la Commission canadienne des droits de la personne v. Sa Majesté la Reine du chef du Canada, telle que représentée par le Ministre du Revenu national*.

Le paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit qu'à l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut rendre une ordonnance contre la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire. Le paragraphe prévoit plus loin qu'il peut ordonner à cette personne de mettre fin à l'acte discriminatoire et d'accorder à la victime les droits dont l'acte l'avait privée ainsi que d'autres mesures accessoires. C'est une ordonnance de ce genre que l'intimé Jones a refusé de rendre au motif qu'il n'avait pas compétence pour le faire.

Le 22 avril 1981, la Commission canadienne des droits de la personne a déposé devant la Cour d'appel fédérale une demande fondée sur l'article 28 tendant à l'examen et à l'annulation de la décision et, le 23 avril 1981, Air Canada a également déposé une demande fondée sur l'article 28 pour obtenir une ordonnance annulant ladite décision. Comme nous l'avons fait remarquer, la décision se divise en deux parties, la première concluant qu'Air Canada était coupable de l'acte discriminatoire dont on s'était plaint et la seconde, que le tribunal n'avait pas compétence pour ordonner à Air Canada d'y mettre fin parce que la société ne peut, seule, établir des tarifs qui sont soumis au pouvoir général de surveillance de la Commission canadienne des transports.

Tous les transporteurs aériens doivent déposer leur tarif au bureau du Comité des transports

Commission to be effective after 45 days' notice. While the tariffs do not have to be formally approved by the Committee they can be disallowed. Section 113 of the *Air Carrier Regulations*, C.R.C. 1978, Vol. I, c. 3, reads as follows:

113. (1) All tolls and terms or conditions of carriage established by an air carrier shall be just and reasonable and shall always, under substantially similar circumstances and conditions, with respect to all traffic of the same description, be charged equally to all persons at the same rate.

(2) No air carrier shall in respect of tolls

- (a) make any unjust discrimination against any person or other air carrier;
- (b) make or give any undue or unreasonable preference or advantage to or in favour of any person or other air carrier in any respect whatever; or
- (c) subject any person or other air carrier or any description of traffic to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage in any respect whatever.

Section 115 of the *Air Carrier Regulations* reads as follows:

115. The Committee may

- (a) suspend or disallow any tariff or toll that in its opinion may be contrary to section 112, 113 or 114;
- (b) require an air carrier to substitute a tariff or toll satisfactory to the Committee; or
- (c) prescribe another tariff or toll in lieu of any tariff or toll disallowed under paragraph (a).

Subsection (8) of section 112 reads as follows:

112. ...

(8) Where a tariff is filed containing the date of issue and the effective date and is in accordance with regulations, orders and directions of the Committee, the tolls and terms and conditions of carriage therein shall, unless they are suspended or disallowed by the Committee, or unless they are superseded by a new tariff, be conclusively deemed to be the lawful tolls and terms and conditions of carriage and shall take effect on the date stated in the tariff; and the carrier or any officer or agent thereof shall, thereafter, until such tariff expires, or is suspended or disallowed by the Committee, or is superseded by a new tariff, charge the tolls and apply the terms and conditions of carriage specified therein.

While it is true therefore that the Air Transport Committee of the Canadian Transport Commission does not have to formally approve tariffs published by the airlines, it maintains substantial control over them and an airline cannot charge

aériens de la Commission canadienne des transports pour entrer en vigueur à 45 jours d'avis. Bien que les tarifs n'aient pas à être formellement approuvés par le Comité, ils peuvent être rejetés.

<sup>a</sup> L'article 113 du *Règlement sur les transporteurs aériens*, C.R.C. 1978, Vol. I, c. 3, se lit comme suit:

113. (1) Tous les taux, les modalités et les conditions de transport établis par un transporteur aérien doivent être justes et raisonnables et doivent toujours, dans des circonstances et conditions sensiblement analogues et à l'égard de tout le transport du même genre, être imposés de la même façon à toutes personnes au même taux.

(2) Il est interdit à un transporteur aérien, en ce qui concerne les taux,

- <sup>c</sup> a) d'établir une distinction injuste au détriment d'une personne ou d'une compagnie;
- <sup>b</sup> b) d'accorder une préférence ou un avantage indu ou déraisonnable à l'égard ou en faveur d'une personne ou d'un autre transporteur aérien, à quelque point de vue que ce soit; ou
- <sup>d</sup> c) de faire subir à une personne, à un autre transporteur aérien ou à un certain genre de transport un désavantage ou préjudice indu ou déraisonnable, à quelque point de vue que ce soit.

<sup>e</sup> L'article 115 du *Règlement sur les transporteurs aériens* est ainsi rédigé:

115. Le Comité peut

- <sup>a</sup> a) suspendre ou rejeter un tarif ou un taux qui, à son avis, peut être contraire aux articles 112, 113 ou 114;
- <sup>b</sup> b) enjoindre à un transporteur aérien de substituer à un tarif ou à un taux visé à l'alinéa a) un tarif ou un taux jugé satisfaisant par le Comité; ou
- <sup>c</sup> c) prescrire un autre tarif ou un autre taux en remplacement d'un tarif ou d'un taux rejeté en vertu de l'alinéa a).

<sup>f</sup> Et le paragraphe (8) de l'article 112 est ainsi rédigé:

112. ...

<sup>g</sup> (8) Lorsqu'un tarif, portant la date de sa publication et de son entrée en vigueur, est déposé conformément aux règlements, ordonnances et directives du Comité, les taux, les modalités et les conditions de transport qu'il contient sont, sous réserve d'une suspension ou d'un rejet du Comité, ou encore du remplacement par un nouveau tarif, une preuve concluante de leur légalité et ils entrent en vigueur à la date indiquée dans le tarif; le transporteur, ses agents et représentants doivent, à compter de cette date et jusqu'à ce que le tarif expire, soit suspendu ou rejeté par le Comité, ou encore remplacé par un nouveau tarif, appliquer les taux, les modalités et les conditions de transport spécifiés dans ce tarif.

<sup>h</sup> Donc, s'il est vrai que le Comité des transports aériens de la Commission canadienne des transports n'a pas à approuver formellement les tarifs publiés par les compagnies aériennes, il a néanmoins sur eux un pouvoir de contrôle important et

anything other than the published tariff. Authority is also given to decide whether there has been any unjust discrimination or undue or unreasonable preference, as well as to itself order certain tolls or tariffs.

At the hearing before the Tribunal in the present case John Pageau, Chief of the Fares, Rates & Services Division of the Air Transport Committee testified that section 113 goes back a great many years reproducing the wording respecting unjust discrimination which originally came from the *Railway Act* and Regulations made thereunder and that Canadian Transport Commissioners never formally considered or determined that family fare plans do not contravene section 113. Neither has there been any direction or order of the Committee requiring the introduction of family fare tolls.

It cannot be seriously disputed that the introduction of family fare plans is for a valid economic objective to attract additional passengers when the head of the family might otherwise be travelling unaccompanied. While applicant contends the same advantages might be realized if an unrelated couple travelling together were accorded the same fare advantage I can make no finding on this as the issue of discrimination is not before the Court in the present proceedings.

I believe that this is all the factual information which is required to discuss the legal issues raised in connection with the present application for *mandamus* under various headings.

1. ARGUMENT THAT TRIAL DIVISION HAS NO JURISDICTION OVER PRESENT PROCEEDINGS IN VIEW OF SUBSECTION 28(3) OF THE *FEDERAL COURT ACT*

Subsection 28(3) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, reads as follows:

28. ...

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

une compagnie aérienne ne peut exiger rien d'autre que le tarif publié. Il a également le pouvoir de décider s'il y a eu distinction injuste ou préférence ou avantage indus ou déraisonnables ainsi que de prescrire lui-même un autre taux ou un autre tarif.

A l'audition devant le tribunal constitué en l'espèce, John Pageau, chef de la division des tarifs-passagers, des taux et des services du Comité des transports aériens a déclaré que l'article 113 remonte très loin en arrière et qu'il reprend le libellé relatif à la distinction injuste employé pour la première fois dans la *Loi sur les chemins de fer* et dans ses règlements d'application et que les commissaires de la Commission canadienne des transports n'ont jamais formellement considéré ni déterminé que le tarif familial n'enfreint pas l'article 113. Ni le Comité a-t-il donné des directives ou des ordres exigeant l'introduction du tarif familial.

Personne ne peut sérieusement contester le fait que l'introduction du tarif familial a un objectif économique valable, soit d'attirer d'autres passagers quand le chef de famille voyagerait autrement seul. Bien que la requérante prétende qu'on obtiendrait les mêmes avantages si un couple n'étant pas uni par les liens du mariage voyageant ensemble bénéficiait du même tarif, je ne peux me prononcer sur cette question étant donné que la question de distinction injuste n'est pas soumise à la Cour dans la présente espèce.

Je crois que c'est là toute l'information dont nous avons besoin pour examiner les questions de droit qui se posent sous diverses rubriques dans le cadre de la présente demande de *mandamus*.

1. ARGUMENT VOULANT QUE LE PARAGRAPHE 28(3) DE LA *LOI SUR LA COUR FÉDÉRALE* PRIVE LA DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE DE COMPÉTENCE EN L'ESPÈCE

Le paragraphe 28(3) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), c. 10, est ainsi rédigé:

28. ...

(3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

Section 28 applications by both applicant and respondent are before the Court of Appeal. If that Court has jurisdiction then the Trial Division does not. It is applicant's contention that the Trial Division does have jurisdiction in the present *mandamus* proceedings in that the determination made by Mr. Jones that he had no jurisdiction to order Air Canada to cease the discriminatory practice or to make an application to have the discriminatory practice ceased is not in itself a "decision or order" but the refusal to make one. Reference was made to the decision of the Court of Appeal in the case of *Canadian Human Rights Commission v. British American Bank Note Company*<sup>3</sup>. In that case the Tribunal decided that it did not have jurisdiction and hence did not hear the complaint so no formal order was therefore made. It was suggested by the Court that if the finding on jurisdiction was wrong the Trial Division could decide the matter on an application for *mandamus*. At page 581 the learned Chief Justice Thurlow stated:

I do not think that the effect of the Tribunal taking the view that it lacked jurisdiction was to dismiss the complaints. Under subsection 41(1) of the *Canadian Human Rights Act* the authority of the Tribunal to dismiss a complaint arises only if, at the conclusion of its inquiry, it finds that the complaint is not substantiated. I do not think it is to be lightly assumed that the Tribunal purported to exercise or did exercise that power when it had not even entered upon an inquiry into the merits of the complaints. Even less is that to be assumed when in fact no such order was made and when the course of simply taking a position as to its lack of jurisdiction and then doing nothing with respect to the complaints was, as I see it, precisely correct.

Whether as a result of this decision or not, respondent Jones did what is really the converse of what was done in that case. That is to say he made an inquiry into the complaint as directed by subsection 41(1) of the *Canadian Human Rights Act* but then, having made this finding determined that he had no jurisdiction to issue the order sought to remedy the situation.

Applicant contends that the word "may" in subsection 41(2) does not leave the Tribunal with discretion to make an order or not but is in practice mandatory. There is substantial jurisprudence

<sup>3</sup> [1981] 1 F.C. 578.

La Cour d'appel est saisie de deux demandes fondées sur l'article 28, l'une présentée par la requérante et l'autre, par l'intimée. Si la Cour d'appel est compétente, alors la Division de première instance ne l'est pas. La requérante prétend que la Division de première instance a compétence pour connaître de la présente requête en *mandamus* parce que la décision de M. Jones qu'il n'avait pas compétence pour ordonner à Air Canada de mettre fin à l'acte discriminatoire ou pour présenter une demande tendant à faire cesser l'acte discriminatoire n'est pas en soi une «décision ou ordonnance» mais un refus d'en rendre une. On a cité la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *La Commission canadienne des droits de la personne c. British American Bank Note Company*<sup>3</sup>. Dans cette affaire, le tribunal des droits de la personne ayant statué qu'il n'avait pas compétence, n'a pas entendu la plainte et aucune ordonnance formelle n'a été rendue. La Cour d'appel suggéra que si la conclusion relative à la compétence était erronée, la Division de première instance, saisie d'une requête en *mandamus*, pourrait trancher cette question. Le juge en chef Thurlow a déclaré à la page 581:

Je ne pense pas que le fait pour le tribunal de conclure à sa propre incompétence équivaille à un rejet des plaintes dont s'agit. Selon le paragraphe 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le pouvoir qu'a le tribunal de rejeter une plainte ne se fait jour qu'au moment où il la trouve non fondée, à l'issue de son enquête. On ne saurait, en l'espèce, présumer à la légère que le tribunal entendait exercer ce pouvoir et l'a effectivement exercé, alors qu'il ne s'était même pas penché sur le fond de ces plaintes. Une telle présomption serait d'autant moins justifiée que le tribunal n'a rendu aucune ordonnance et qu'il était fondé à conclure à sa propre incompétence et à ne rien faire au sujet des plaintes dont s'agit.

Que ce soit par suite de cette décision ou non, l'intimé Jones a fait exactement le contraire de ce qui avait été fait dans cette affaire. C'est-à-dire qu'il a examiné la plainte, tel que prescrit par le paragraphe 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* mais, après être arrivé à cette conclusion, décida qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance demandée pour corriger la situation.

La requérante prétend que le mot «peut» au paragraphe 41(2) ne laisse pas au tribunal le choix de rendre une ordonnance ou pas mais qu'il est en pratique obligatoire. Il existe une jurisprudence

<sup>3</sup> [1981] 1 C.F. 578.

supporting this, among others the House of Lords case of *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*<sup>4</sup> where a *mandamus* was made against the Minister directing him to consider the complaint according to law, the American case of *Albermarle Paper Company v. Moody*<sup>5</sup>, a racial discrimination case where it is stated at page 8004:

The petitioners contend that the statutory scheme provides no guidance, beyond indicating that backpay awards are within the District Court's discretion. We disagree. It is true that backpay is not an automatic or mandatory remedy; like all other remedies under the Act, it is one which the courts "may" invoke. The scheme implicitly recognizes that there may be cases calling for one remedy but not another, and—owing to the structure of the federal judiciary—these choices are of course left in the first instance to the district courts. But such discretionary choices are not left to a court's "inclination," but to its judgment; and its judgment is to be guided by sound legal principles,

and the Supreme Court case of *Gana v. The Minister of Manpower and Immigration*<sup>6</sup> an immigration matter in which Spence J. stated at page 709:

It is said, on behalf of the Minister, that the review is prohibited by the opening words of regulation 34(3)(f), "in the opinion of an immigration officer". I am not of the opinion that those words in the regulation preclude a review of that opinion by virtue of a statutory duty put on the Special Inquiry Officer by the various sections of the *Immigration Act*. In my opinion, the words simply mean that the immigration officer is to carry out an assessing duty not that his opinion becomes final and conclusive protected from any review.

Reference was also made to the recent decision of Collier J. in *Landreville v. The Queen*<sup>7</sup> where at pages 50 and following he examined jurisprudence to the effect that although language may be permissive in form it imposes a duty to exercise the power when called upon to do so by an interested party having the right to make the application. In ordinary circumstances after a tribunal has found at the conclusion of an inquiry that the complaint is substantiated it would certainly make an order pursuant to subsection (2) of section 41 of the *Canadian Human Rights Act* against the persons

abondante en ce sens, notamment l'arrêt de la Chambre des lords *Padfield c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food*<sup>4</sup> où un bref de *mandamus* fut délivré contre le Ministre lui enjoignant d'examiner la plainte conformément au droit, l'arrêt américain *Albermarle Paper Company c. Moody*<sup>5</sup>, une affaire de discrimination raciale où il est dit, à la page 8004:

[TRADUCTION] Les requérants prétendent que la loi ne fournit aucune indication si ce n'est qu'indiquer que l'octroi d'un rappel de salaire relève de la discrétion de la Cour de district. Nous ne sommes pas d'accord. Il est vrai que le rappel de salaire n'est pas un remède automatique ni obligatoire. Comme tous les autres remèdes prévus par la Loi, c'en est un que les cours «peuvent» octroyer. La Loi reconnaît implicitement qu'il peut y avoir des cas appelant un remède en particulier mais pas un autre, et—étant donné la structure de l'appareil judiciaire fédéral—ces choix sont évidemment laissés en premier lieu aux cours de district. Mais ces choix ne sont pas laissés à «l'inclination» de la cour mais à son jugement. Et son jugement doit être guidé par des principes juridiques solides,

et l'arrêt de la Cour suprême *Gana c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*<sup>6</sup>, une affaire d'immigration où le juge Spence déclare à la page 709:

On a prétendu de la part du ministre que les premiers mots de l'alinéa (f) du paragraphe (3) de l'article 34 du Règlement «si un fonctionnaire à l'immigration est d'avis» interdisent toute révision. Je ne suis pas d'avis que ces mots du Règlement font obstacle à la révision de l'opinion du fonctionnaire à l'immigration, dans l'accomplissement du devoir statutaire imposé à l'enquêteur spécial par différentes dispositions de la *Loi sur l'immigration*. A mon avis ces mots signifient simplement que le fonctionnaire à l'immigration doit faire l'appréciation du requérant, mais non que sa conclusion est définitive et sans appel.

On a également cité la décision récente du juge Collier dans *Landreville c. La Reine*<sup>7</sup> où, aux pages 50 et suivantes, il passe en revue la jurisprudence d'où il ressort que bien que le libellé d'un texte puisse être rédigé en des termes qui laissent un choix, il impose néanmoins un devoir d'exercer le pouvoir à la demande d'une partie intéressée ayant le droit de présenter la demande. Normalement, après qu'un tribunal a conclu, aux termes d'une enquête, que la plainte est fondée, il rendrait certainement une ordonnance conformément au paragraphe (2) de l'article 41 de la *Loi canadienne*

<sup>4</sup> [1968] A.C. 997 at p. 1030.

<sup>5</sup> 9 EPD 7999 at p. 8018.

<sup>6</sup> [1970] S.C.R. 699.

<sup>7</sup> [1981] 1 F.C. 15.

<sup>4</sup> [1968] A.C. 997 à la p. 1030.

<sup>5</sup> 9 EPD 7999 à la p. 8018.

<sup>6</sup> [1970] R.C.S. 699.

<sup>7</sup> [1981] 1 C.F. 15.

found to be engaged in or to have engaged in the discriminatory practice. In the present case however the Tribunal appears to have had good and cogent reasons, or at least arguable reasons for refusing to do so. It relied on the case before the Human Rights Tribunal of *Bailey v. The Queen in right of Canada*<sup>8</sup>. In this case a finding was sought that certain sections of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, as amended, were discriminatory on the basis of marital status. This case examined at great length the Supreme Court and Federal Court jurisprudence in connection with the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C. 1970, Appendix III], but ended by concluding that although the sections of the *Income Tax Act* were discriminatory it was not sufficient that the classification provisions of the offending statute were unreasonable to render them inoperative as being in conflict with the *Canadian Human Rights Act*. It was stated in paragraph 1958:

The offending provisions are not in conflict to the point of being inoperative in law if the classification of the legislation is based upon considerations perceived by Parliament as relevant to the fundamental purpose of the income tax legislation, being revenue collection.

*Inter alia* reference was made to the Supreme Court case of *Curr v. The Queen*<sup>9</sup> in which Laskin J. as he then was, said at page 899:

... compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*.

Mr. Jones, the Tribunal in the present case, considered that the general power of control over tariffs, including the right given to determine whether they were discriminatory or not, vested in the Canadian Transport Commission by Parliament, constitutionally competent to do so and exercising its power in accordance with the tenets of responsible government, prevented him from

<sup>8</sup> Canadian Human Rights Reporter, Vol. 1, Decision 40, Paragraphs 1715 to 1971.

<sup>9</sup> [1972] S.C.R. 889.

*sur les droits de la personne* contre les personnes trouvées coupables de l'acte discriminatoire. En l'espèce toutefois, le tribunal semble avoir eu de bonnes raisons, ou à tout le moins des raisons défendables, pour refuser de le faire. Il s'est fondé sur l'affaire entendue par un tribunal des droits de la personne, *Bailey c. La Reine du chef du Canada*<sup>8</sup>. Dans cette affaire, on demandait au tribunal de déclarer que certains articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63, modifiés, établissaient une distinction illicite fondée sur la situation de famille. Les motifs étudiés à fond les arrêts de la Cour suprême et de la Cour fédérale relatifs à la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 [S.R.C. 1970, Appendice III], mais finissent par conclure que bien que les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* établissent une distinction illicite, il ne suffit pas que les dispositions de la loi incriminée établissant une classification soient déraisonnables pour qu'elles deviennent inopérantes du fait qu'elles sont en désaccord avec la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Il est dit à l'alinéa 1958:

[TRADUCTION] Les dispositions incriminées ne sont pas en désaccord au point d'être inopérantes en droit si la classification établie par la loi est fondée sur des considérations tenues par le Parlement comme pertinentes par rapport au but premier de la législation fiscale qui est la perception des impôts.

On a cité, entre autres, l'arrêt de la Cour suprême *Curr c. La Reine*<sup>9</sup> où le juge Laskin (tel était alors son titre) dit aux pages 899 et 900:

... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fondement adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

M. Jones, le tribunal en l'espèce, a considéré que le pouvoir général de contrôle des tarifs, y compris le droit de déterminer s'ils établissent une distinction injuste, conféré à la Commission canadienne des transports par le Parlement, compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, l'empêchait de rendre l'ordonnance

<sup>8</sup> Canadian Human Rights Reporter, Vol. 1, décision 40, alinéas 1715 à 1971.

<sup>9</sup> [1972] R.C.S. 889.

making the order sought by applicant under the provisions of the *Canadian Human Rights Act*. Whether this finding was right or wrong is a matter which can perhaps only be finally decided at the highest level but it is a finding which he made as to his jurisdiction.

I do not agree with the argument therefore made by applicant that this was not a "decision" which can be considered by the Court of Appeal on the section 28 application.

It might also be contended that applicant by making this section 28 application could perhaps be said to have conceded that it was such a "decision", and should then be estopped from seeking from the Trial Division a writ of *mandamus* as it has done, on the basis that the Tribunal did not make the order sought pursuant to subsection 41(2) of the *Canadian Human Rights Act* and therefore ought to be directed by this Court to do so, without awaiting the decision on the section 28 application.

During the course of argument counsel for applicant suggested that section 50 of the *Federal Court Act* might be applied and the proceedings stayed on the ground that the claim was being proceeded with in another Court, or that it is in the interest of justice that the proceedings be stayed. This argument might have been persuasive had it not been for the decision of the Federal Court of Appeal in the case of *National Indian Brotherhood v. Juneau [No. 2]*<sup>10</sup>. In that case in the Trial Division judgment reported in [1971] F.C. 66 I had held that the Trial Division should not deal with the writs of *mandamus* and *certiorari* sought since on the same day an application had been made to the Court of Appeal under section 28 of the *Federal Court Act* to set aside the order complained of and the Trial Division should not deal with the matter pending the decision by the Court of Appeal as to whether or not it had jurisdiction under section 28. At pages 70-71 I stated:

<sup>10</sup> [1971] F.C. 73.

demandée par la requérante sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. La question de savoir si cette conclusion est correcte ou non en est une qui ne peut probablement être tranchée de façon définitive que par le tribunal de dernière instance, mais c'est la conclusion à laquelle il est arrivé quant à sa compétence.

Je ne suis donc pas d'accord avec l'argument soumis par la requérante qu'il ne s'agit pas d'une «décision» dont peut connaître la Cour d'appel dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 28.

On pourrait également prétendre que la requérante, en présentant sa demande fondée sur l'article 28, a peut-être admis qu'il s'agissait d'une telle «décision» et cela devrait constituer à son égard une fin de non-recevoir l'empêchant de demander un bref de *mandamus* en Division de première instance, comme elle l'a fait, au motif que le tribunal n'a pas rendu l'ordonnance demandée sous le régime du paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et qu'il devrait donc être obligé de le faire par cette Cour, sans attendre l'issue de la demande fondée sur l'article 28.

Au cours des débats, l'avocat de la requérante a suggéré qu'on pourrait appliquer l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* et suspendre les procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou qu'il est dans l'intérêt de la justice de suspendre les procédures. Cet argument aurait peut-être été convaincant n'eût été de la décision de la Cour d'appel fédérale dans *National Indian Brotherhood c. Juneau [N° 2]*<sup>10</sup>. Dans cette affaire, j'avais décidé en première instance (jugement publié à [1971] C.F. 66) que la Division de première instance ne devrait pas statuer sur les requêtes en *mandamus* et en *certiorari* parce que, le même jour, une demande fondée sur l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* tendant à l'annulation de l'ordonnance attaquée avait été présentée devant la Cour d'appel et que la Division de première instance ne devrait pas rendre de décision sur la question tant que la Cour d'appel n'aurait pas décidé si elle avait compétence ou non en vertu de l'article 28. J'ai dit, aux pages 70 et 71:

<sup>10</sup> [1971] C.F. 73.

Under the circumstances, and in view of this other pending proceeding, it would not appear to be desirable for a Judge of the Trial Division to decide whether or not the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine the application to review and set aside the decision or order of the Executive Committee of respondent, Canadian Radio-Television Commission, which is before it. This is a decision which it itself will be making at an early date.

In the event that the Court of Appeal should decide by final judgment that it has no such jurisdiction, then the Trial Division may have jurisdiction under s. 18 . . . .

On a subsequent motion for directions before the Court of Appeal however Chief Justice Jackett stated at page 80:

. . . in my view, a judge of the Trial Division should not feel any reluctance to decide a question concerning the jurisdiction of the Court of Appeal when that question is incidental to determining the jurisdiction of the Trial Division. He has just as much right to decide such a question when it arises before him as the Court of Appeal has when it arises in this Court.

It would appear therefore incumbent on me to make a finding on the applicability of subsection 28(3) and not use section 50 to stay the proceedings until the Court of Appeal has itself made the decision as to jurisdiction. Since applicant concedes that the Court of Appeal does have jurisdiction over the section 28 application brought by respondent it would be incongruous and could lead to unfortunate results if it were found that it did not have jurisdiction over the Tribunal's finding that it lacked jurisdiction to order Air Canada to file an amended fare tariff. It appears highly questionable whether Mr. Jones' finding can be broken down into two parts as applicant seeks, with the first part being considered as a decision subject to review by the Court of Appeal and the second part not being a decision at all, hence subject to *mandamus*, which is what applicant contends. *Mandamus*, as is the case with all prerogative writs is a remedy to which effect is supposed to be given promptly and it would be incongruous if the Tribunal were to be ordered as a result of this motion to direct Air Canada to amend its fare structure, only perhaps to have the Court of Appeal find subsequently after hearing its section 28 application that the present fare structure does not infringe the *Canadian Human Rights Act*. Most probably there would be an appeal from any such finding on the application for *mandamus* and the whole matter would fall to be determined by the Court of Appeal in any

Dans ces conditions et en raison de cette autre procédure pendante, il ne semble pas souhaitable qu'un juge de la Division de première instance se prononce sur la question de savoir si la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger la requête en examen et annulation de la décision ou ordonnance du comité de direction de l'intimé, le Conseil de la Radio-Télévision canadienne, pendante devant cette même Cour. C'est une décision qu'elle rendra elle-même ultérieurement.

Si la Cour d'appel devait déclarer par jugement définitif ne pas avoir compétence, la Division de première instance pourrait alors avoir compétence en vertu de l'art. 18 . . . .

Toutefois, lors d'une demande de directives présentée subséquemment devant la Cour d'appel, le juge en chef Jackett a dit, aux pages 79 et 80:

. . . à mon avis, un juge de la Division de première instance ne doit pas se sentir embarrassé pour trancher une question relative à la compétence de la Cour d'appel lorsque cette question est accessoire à la détermination de la compétence de la Division de première instance. Il a tout autant le droit de trancher une telle question lorsqu'elle se présente à lui que l'a la Cour d'appel lorsqu'elle lui est présentée.

Il semblerait donc qu'il m'incombe de statuer sur la question de l'application du paragraphe 28(3) et que je ne dois pas avoir recours à l'article 50 pour suspendre les procédures jusqu'à ce que la Cour d'appel ait elle-même statué sur la question de la compétence. Étant donné que la requérante admet que la Cour d'appel est compétente pour connaître de la demande fondée sur l'article 28 présentée par l'intimée, il serait absurde et cela pourrait mener à des résultats malheureux s'il était décidé que la Cour d'appel n'avait pas compétence pour connaître de la décision par laquelle le tribunal se déclarait incompétent pour ordonner à Air Canada de déposer un tarif modifié. Il semble très douteux que la décision de M. Jones puisse être divisée en deux comme le demande la requérante, la première partie devant être considérée comme une décision susceptible d'examen par la Cour d'appel et la deuxième, comme n'étant pas une décision du tout et, par conséquent, ouvrant droit à *mandamus*, ce que soutient la requérante. Le bref de *mandamus*, comme tous les brefs de prerogative, est un redressement qui doit normalement prendre effet dans les meilleurs délais et il en résulterait une situation absurde s'il était ordonné au tribunal à l'issue de la présente requête d'enjoindre à Air Canada de modifier ses tarifs et que la Cour d'appel décidait plus tard, après audition de la demande fondée sur l'article 28, que la structure tarifaire actuelle ne contrevient pas aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la*

event. There can of course also be an appeal from a finding refusing to issue the *mandamus*. The Court of Appeal could refer the matter back to the Trial Division for hearing on the merits in the event that it was felt that jurisdiction vested in the Trial Division. Alternatively the Court of Appeal could deal with the matter itself on applicant's section 28 application if it finds that it has jurisdiction to do so.

I therefore find the Trial Division has no jurisdiction in this matter.

## 2. ARGUMENT THAT *MANDAMUS* DOES NOT LIE WHEN THE RIGHT OF APPEAL EXISTS

Section 42.1 of the *Canadian Human Rights Act* provides that where a Tribunal that made the decision or order was composed of fewer than three members, the Commission, the complainant before the Tribunal, or the person against whom the complaint was made may appeal within 30 days after the decision or order. Applicant did not bring any such appeal and it is conceded that it is now too late to do so. The applicant referred to the Supreme Court case of *Harelkin v. The University of Regina*<sup>11</sup> in which by a 4 to 3 decision the Court found that although the *audi alteram partem* rule had been infringed when a student was expelled from the university, his right of appeal to a senate committee was an appropriate remedy rather than seeking *certiorari* and *mandamus*. Applicant distinguishes this case in that in rendering judgment of the majority Beetz J. stated at page 567:

Nor do I agree that appellant's application for *certiorari* and *mandamus* should have been allowed: appellant had and still has a better alternative remedy in his right of appeal to the senate committee; he ought to have exercised it.

In the present case this right of appeal no longer exists. However I do not think that the Court should be given jurisdiction by way of *mandamus*

<sup>11</sup> [1979] 2 S.C.R. 561.

*personne*. Il est fort probable qu'un appel serait formé contre une telle décision sur la demande de *mandamus* et toute la question devrait, de toute façon, être alors tranchée par la Cour d'appel.

a L'appel peut évidemment être formé également contre une décision refusant de décerner le bref de *mandamus*. La Cour d'appel pourrait renvoyer la question à la Division de première instance pour qu'elle entende l'affaire au fond si elle décidait que la Division de première instance était compétente. L'autre possibilité, c'est que la Cour d'appel, si elle décidait qu'elle a compétence, tranche elle-même la question dans le cadre de la demande fondée sur l'article 28 présentée par la requérante.

c Je conclus donc que la Division de première instance n'a pas compétence en la matière.

## 2. ARGUMENT VOULANT QU'ON NE PUISSE AVOIR RECOURS AU BRIEF DE *MANDAMUS* LORSQU'IL EXISTE UN DROIT D'APPEL

L'article 42.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit que lorsque la décision ou l'ordonnance a été rendue par un tribunal de moins de trois membres, la Commission ou les parties peuvent interjeter appel dans les 30 jours du prononcé de la décision ou de l'ordonnance. La requérante n'a pas interjeté appel et elle admet qu'il est maintenant trop tard pour le faire. La requérante a cité la décision de la Cour suprême *Harelkin c. L'université de Regina*<sup>11</sup> où, par une décision de 4 contre 3, la Cour a décidé que bien qu'il y ait eu infraction à la règle *audi alteram partem* lorsque l'étudiant fut expulsé de l'université, son droit d'appel devant le sénat de l'université constituait le recours approprié en l'espèce, de préférence à une demande de *certiorari* et de *mandamus*. La requérante établit une distinction entre cette affaire et la présente espèce en citant le passage suivant des motifs du juge Beetz, page 567, qui rendait le jugement majoritaire:

Mais je ne peux admettre... ni que la demande de *certiorari* et de *mandamus* de l'appelant aurait dû être accueillie. Il était, et il l'est encore, plus avantageux pour l'appelant de se prévaloir de son droit d'appel devant le comité du sénat; il aurait dû l'exercer.

En l'espèce, ce droit d'appel n'existe plus. Toutefois, je ne crois pas que la compétence de la Cour devrait être reconnue dans le cadre d'une requête

<sup>11</sup> [1979] 2 R.C.S. 561.

which it might not otherwise have merely because of lack of diligence by the applicant in pursuing the right of appeal which it had. Such a finding would open the door for the applicant, if it preferred to have a finding of the Tribunal with which it did not agree considered and reversed by means of a prerogative writ in the Trial Division of the Federal Court rather than exercise its right to appeal under section 42.1 of the Act, to merely wait until the delay for such an appeal had expired, before seeking the prerogative writ. While I am not suggesting that the applicant had any such ulterior motive in the present case nevertheless it appears to me that when a statute provides a right of appeal this is the appropriate remedy rather than to seek a *mandamus*, which is not intended to be an alternative remedy, from the Federal Court. For this reason also I would find that the application should be dismissed.

### 3. ARGUMENT BASED ON FUNDAMENTAL PURPOSES OF *MANDAMUS*

It is trite law to state that *mandamus* lies to secure the performance of a public duty which the person against whom it is sought has failed or refused to perform. It is a discretionary remedy which the Court will decline to award if another legal remedy is equally beneficial, convenient or effective.

In the present case I fail to see how it can be held that Mr. Jones failed to perform the duty imposed on him in connection with the inquiry. As I pointed out earlier I believe that the finding in the *British American Bank Note* case can be distinguished. While applicant argues that in failing to issue an order against the respondent Air Canada pursuant to subsection 41(2) of the Act, after making a finding of discrimination pursuant to subsection 41(1) the Tribunal failed to perform the duty imposed on it, the word "may" in subsection 41(2) being mandatory and not merely permissive, I have already found that in my view the Tribunal's finding, after careful study of the matter, that it did not have jurisdiction to make such an order is in fact a "decision" which can be reviewed by the Court of Appeal pursuant to the provisions of section 28 of the *Federal Court Act*.

en *mandamus*, compétence qu'elle n'aurait pas autrement uniquement parce que la requérante n'a pas fait preuve de diligence dans l'exercice du droit d'appel dont elle disposait. Une telle conclusion permettrait à la requérante au cas où elle préférerait faire examiner et casser une décision du tribunal avec laquelle elle ne serait pas d'accord au moyen d'un bref de prérogative devant la Division de première instance de la Cour fédérale plutôt que d'exercer son droit d'appel prévu à l'article 42.1 de la Loi, d'attendre tout simplement que le délai d'appel soit expiré avant de demander un bref de prérogative. Je ne veux pas insinuer que la requérante ait eu cette arrière-pensée en l'espèce; mais il me semble néanmoins que lorsqu'une loi prévoit un droit d'appel, c'est là le recours approprié qu'il faut exercer plutôt que de demander à la Cour fédérale un bref de *mandamus*, qui n'est pas censé être une solution de remplacement. Pour ce motif également, je déciderais que la demande doit être rejetée.

### 3. ARGUMENT FONDÉ SUR LA FINALITÉ DU *MANDAMUS*

Il est de droit constant que le *mandamus* peut être demandé pour obliger une personne à accomplir un acte de fonction publique qu'elle a omis ou refusé d'accomplir. C'est un recours discrétionnaire que la Cour refusera d'accorder si un autre recours légal est également avantageux, commode ou efficace.

En l'espèce, je ne vois pas comment on peut prétendre que M. Jones a omis d'accomplir un acte de fonction publique qu'il aurait été tenu d'accomplir en relation avec l'enquête. Comme je l'ai fait remarquer plus tôt, j'estime qu'il est possible d'établir une distinction entre la présente affaire et l'arrêt *British American Bank Note*. Bien que la requérante prétende qu'en omettant de rendre une ordonnance contre l'intimée Air Canada sous le régime du paragraphe 41(2) de la Loi après avoir conclu à l'existence d'un acte discriminatoire sous le régime du paragraphe 41(1), le tribunal a omis d'accomplir l'acte de fonction publique qu'il était tenu d'accomplir, le mot «peut» au paragraphe 41(2) comportant une obligation et non seulement un choix, j'ai déjà conclu, après avoir examiné attentivement la question, que la décision du tribunal qu'il n'avait pas la compétence voulue pour

Certainly it may not be the type of decision which is foreseen by subsection 41(2) of the *Canadian Human Rights Act*, but it does not appear to me an appropriate use of *mandamus* to seek to make the Tribunal issue an order which it has found it has no jurisdiction to issue. This does not appear to me to be a refusal by the Tribunal to perform a duty which it is called upon by law to perform, but rather a difference of opinion with the applicant as to whether it has jurisdiction to perform such a duty. Such a difference of opinion should certainly be settled on appeal and *mandamus* is not a form of appeal from a decision of an inferior Tribunal.

*Mandamus* will not in general issue to compel a respondent to do what is impossible in law or in fact (see de Smith *Judicial Review of Administrative Action*, 4th Edition, page 559). In view of the Tribunal's finding that it was impossible to make the order sought by applicant, which opinion may of course be right or wrong, it would appear inappropriate to direct the Tribunal to make an order which it has found to be impossible. On general principles therefore I feel that *mandamus* is not the appropriate proceeding in the present matter and for that reason also I will dismiss the application.

Since, as indicated, the matter has not been dealt with on the merits, the refusal to issue the *mandamus* does not result from the exercise of judicial discretion which the Court would have in any event, but solely on the basis of the various procedural issues discussed above.

rendre une telle ordonnance est en fait une «décision» qui peut être examinée par la Cour d'appel en vertu des dispositions de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Certes, cela peut ne pas être le genre de décision prévue au paragraphe 41(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, mais il ne me semble pas que ce soit faire un usage approprié du *mandamus* que de chercher à obliger le tribunal à émettre une ordonnance pour l'émission de laquelle il s'est déclaré incompétent. Cela ne me semble pas constituer un refus par le tribunal d'accomplir un acte que la loi l'oblige à accomplir mais plutôt une différence d'opinions entre le tribunal et la requérante quant à savoir s'il a compétence pour accomplir un tel acte. Une telle différence d'opinions devrait certainement être tranchée en appel et le *mandamus* n'est pas une forme d'appel contre une décision d'un tribunal inférieur.

En général, un bref de *mandamus* ne sera pas décerné pour obliger un intimé à faire ce qu'il est impossible de faire en droit ou en fait (voir de Smith: *Judicial Review of Administrative Action*, 4<sup>e</sup> édition, page 559). Compte tenu de la conclusion du tribunal qu'il lui était impossible de rendre l'ordonnance demandée par la requérante, opinion qui peut évidemment être fondée ou non, il semblerait inapproprié d'ordonner au tribunal de rendre une ordonnance qu'il a déclarée impossible de rendre. D'après les principes généraux donc, j'estime que le *mandamus* n'est pas la procédure appropriée en l'espèce et, pour ce motif également, je rejeterais la demande.

Puisque, comme je l'ai déjà mentionné, l'affaire n'a pas été entendue au fond, le refus d'émettre le *mandamus* ne découle pas d'un exercice de discrétion judiciaire que la Cour aurait de toute façon, mais se fonde uniquement sur les diverses questions d'ordre procédural examinées dans les présents motifs.