

A-613-88

A-613-88

The Queen, Attorney General of Canada, Secretary of State for External Affairs, Minister for International Trade, Minister for National Revenue (Appellants) (Defendants)

v.

Teal Cedar Products (1977) Ltd. (Respondent) (Plaintiff)

INDEXED AS: TEAL CEDAR PRODUCTS (1977) LTD. v. CANADA (C.A.)

Court of Appeal, Pratte, Heald and Mahoney JJ.—Vancouver, September 7; Ottawa, December 6, 1988.

Judicial review — Equitable remedies — Injunctions — Amendment to Export Control List causing closure of forest-products manufacturer — Interlocutory injunction sought — Whether allegation Governor in Council acted on basis of misleading information raising serious issue as to validity of amendment — Where enabling provision empowers Governor in Council to act where “deems it necessary” for certain purposes, does not matter whether opinion right or wrong — Insufficient evidence to contradict purpose expressly stated in Order in Council.

Foreign trade — Red cedar boards — Added to Export Control List by Governor in Council under Export and Import Permits Act — Causing unemployment, closure of business — Interlocutory injunction granted — Set aside on appeal as irrelevant whether or not Governor in Council misled by Regulatory Impact Analysis Statement.

The respondent, a British Columbia forest products manufacturer, had been exporting red cedar boards to the United States. In February 1988, the Governor in Council, acting pursuant to the *Export and Import Permits Act*, amended the *Export Control List* to include boards as well as blocks and bolts of red cedar, thereby requiring the respondent to obtain an export permit for its products. The effect of that Order in Council was to cause the closure of the respondent's business, putting its employees out of work.

The respondent attacked the amendment and sought an interlocutory injunction prohibiting the appellants from interfering with the export of short cedar boards until the trial of an action in which a declaration, injunction and damages were claimed. The Trial Division granted the interlocutory injunction, having found that there was a serious issue to be tried and

La Reine, le Procureur général du Canada, le secrétaire d'État aux Affaires extérieures, le ministre du Commerce extérieur, le ministre du Revenu national (appelants) (défendeurs)

c.

Teal Cedar Products (1977) Ltd. (intimée) (demanderesse)

RÉPERTORIÉ: TEAL CEDAR PRODUCTS (1977) LTD. c. CANADA (C.A.)

Cour d'appel, juges Pratte, Heald et Mahoney—Vancouver, 7 septembre; Ottawa, 6 décembre 1988.

Contrôle judiciaire — Recours en equity — Injonctions — Des modifications apportées à la Liste de marchandises d'exportation contrôlée ont pour conséquence d'obliger un fabricant de produits forestiers à fermer ses portes — La délivrance d'une injonction interlocutoire est demandée — L'allégation que le gouverneur en conseil a agi en se fondant sur des informations trompeuses soulève-t-elle une question sérieuse en ce qui concerne la validité de la modification? — Dans le cas où une disposition habilitante autorise le gouverneur en conseil à prendre certaines mesures lorsque, «à son avis, il est nécessaire» de les prendre pour certaines fins, il n'importe pas que son opinion soit fondée ou non — Les éléments de preuve présentés ne suffisent pas à contredire la déclaration expresse du décret en conseil visant les fins pour lesquelles il est édicté.

Commerce extérieur — Planchettes de cèdre rouge — Ce matériau a été ajouté à la Liste de marchandises d'exportation contrôlée par le gouverneur en conseil conformément à la Loi sur les licences d'exportation et d'importation — Cette mesure cause des pertes d'emploi et la fermeture de l'entreprise — La délivrance d'une injonction interlocutoire a été accordée — Cette décision est infirmée en appel puisqu'il n'importe pas de savoir si le gouverneur en conseil a été induit en erreur par le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation.

L'intimée, un fabricant de produits forestiers de la Colombie-Britannique, exportait de façon régulière des planchettes de cèdre rouge vers les États-Unis; en février 1988, le gouverneur en conseil, agissant en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, a modifié la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* pour y ajouter les planches de cèdre rouge aux blocs et billons constitués de ce même bois, de sorte que l'intimée s'est trouvée obligée de se procurer une licence d'exportation pour ses produits. Ce décret en conseil a pour conséquence la fermeture de l'entreprise de l'intimée et la perte des emplois qui s'y trouvent attachés.

L'intimée a contesté la modification en question et sollicité la délivrance d'une injonction interlocutoire interdisant aux appellants de faire obstacle à l'exportation de courtes planchettes de cèdre jusqu'à l'instruction d'une action dans laquelle un jugement déclaratoire, la délivrance d'une injonction et des dommages-intérêts étaient demandés. La Division de première instance a accordé la délivrance de l'injonction interlocutoire après avoir conclu qu'il existait une question sérieuse à trancher et que les

that both the irreparable harm and balance of convenience tests favoured the respondent. This is an appeal from that decision.

Held, the appeal should be allowed.

The respondent's action brought into question the validity of the Order in Council amending the List. The Order in Council was adopted pursuant to sections 3 and 6 of the Act which authorized the Governor in Council to establish and amend a list of goods the export of which the Governor in Council deems it necessary to control for certain purposes. In this case, two purposes were invoked, one of which was paragraph 3(c): "to ensure that there is adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs". The Judge of first instance interpreted "other needs" according to the *ejusdem generis* rule and, finding that there was no national emergency of a defence nature, appears to have concluded that the Governor in Council acted on the basis of a wrong interpretation of the Act. The Judge's interpretation was clearly wrong. "Other needs" refers to needs other than those related to defence.

The Judge of first instance based his conclusion that there was a serious issue to be tried on the finding that the Governor in Council acted on the basis of misleading information. It is clear, however, that whether or not the Governor in Council's opinion, that the Order in Council was necessary for the purposes mentioned in section 3, was based on accurate or misleading information was not relevant to the determination of the validity of that Order in Council. If the Governor in Council deemed the Order in Council necessary for those purposes, it matters not that this opinion be right or wrong.

Since the Order in Council expressly stated the purposes for which it was made, there is no real prospect of being able to prove, on the material available at this time, that the Order in Council was adopted in bad faith in that it was adopted for purposes other than those specified in section 3.

There is no validity to the proposition that opinions or objectives of individual ministers or their staff, which in this case are alleged to be unauthorized, should or could be attributed to the Governor in Council.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Export and Import Permits Act, R.S.C. 1970, c. E-17, ss. 3 (as am. by S.C. 1974, c. 9, s. 1; 1987, c. 15, s. 26), (a.1), (c), 6, 7, 13.

Export Control List, C.R.C., c. 601, item 2003 (as added by SOR/86-710; SOR/88-140).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *McEldowney v.*

critères du préjudice irréparable et de la prépondérance des inconvénients favorisaient tous deux l'intimée. Appel est interjeté de cette décision.

Arrêt: l'appel devrait être accueilli.

a L'action de l'intimée a soulevé la question de la validité du décret en conseil modifiant la Liste. Le décret en conseil a été adopté sur le fondement des articles 3 et 6 de la Loi, qui autorisent le gouverneur en conseil à établir et à modifier une liste de marchandises dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'exportation pour certaines fins. En l'espèce, deux objets ont été invoqués, dont celui qui est prévu à l'alinéa 3c): «s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article au Canada suffisant aux besoins de la défense ou autres». Le juge de première instance a interprété le mot «autres» en lui appliquant la règle *ejusdem generis* et, étant d'avis qu'il n'y avait pas d'urgence reliée à la défense nationale, il semble avoir conclu que le gouverneur en conseil avait agi en se fondant sur une interprétation erronée de la Loi. L'interprétation choisie par le juge est manifestement erronée. Les termes «other needs» de la version anglaise [«autres» ou «notamment» dans la version française] désignent des besoins autres que ceux qui concernent la défense.

d Le juge de première instance a fondé sa conclusion qu'il existait une question sérieuse à trancher sur les appréciations selon lesquelles le gouverneur en conseil avait édicté un décret en se fondant sur des informations trompeuses. Il est toutefois clair que, lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité de ce décret en conseil, la question de savoir si le gouverneur en conseil a fondé son opinion que le décret en conseil était nécessaire à la réalisation des objets mentionnés à l'article 3 sur des éléments d'information exacts ou trompeurs n'est pas pertinente. Si le gouverneur en conseil a jugé le décret en conseil nécessaire à ces fins, il n'importe pas que son opinion soit juste ou erronée.

f Comme le décret en conseil fait état des fins pour lesquelles il a été édicté, l'on ne pourrait véritablement établir sur le fondement de la preuve soumise à ce point qu'il a été pris de mauvaise foi parce qu'adopté pour des fins autres que celles précisées à l'article 3.

g N'est pas valide la proposition que les opinions et les objectifs de certains ministres ou leur personnel, qui, d'après l'intimée, ne seraient pas de ceux qui sont autorisés, devraient ou pourraient être attribués au gouverneur en conseil.

LOIS ET RÈGLEMENTS

h *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*, C.R.C., chap. 601, art. 2003 (ajouté par DORS/86-710; DORS/88-140).

i *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, S.R.C. 1970, chap. E-17, art. 3 (mod. par S.C. 1974, chap. 9, art. 1; 1987, chap. 15, art. 26), (a.1), (c), 6, 7, 13.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.); *McEldowney v.*

Forde, [1971] A.C. 632 (H.L.); *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.).

DISTINGUISHED:

Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al., [1980] 2 S.C.R. 735.

COUNSEL:

J. R. Haig, Q.C. for appellants.
J. Gary Fitzpatrick for respondent.

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellants.
Davis & Company, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PRATTE J.: This is an appeal from an order of the Trial Division [[1989] 1 F.C. 135] (Muldoon J.) granting an interlocutory injunction prohibiting the appellants from interfering with the respondent's exportation of red cedar boards. That order, in effect, enjoined the appellants not to enforce an order in council adopted under the *Export and Import Permits Act*,¹ a statute which forbids the exportation without a special ministerial permit of goods that the Governor in Council has included in a list called the *Export Control List*.²

¹ R.S.C. 1970, c. E-17.

² For the purposes of this case, it is sufficient to have in mind the following provisions of that statute [ss. 3 (as am. by S.C. 1974, c. 9, s. 1; 1987, c. 15, s. 26), (a.1), (c), 6, 7, 13]:

3. The Governor in Council may establish a list of goods, to be called an Export Control List, including therein any article the export of which he deems it necessary to control for any of the following purposes, namely:

(a.1) to ensure that any action taken to promote the further processing in Canada of a natural resource that is produced in Canada is not rendered ineffective by reason of the unrestricted exportation of that natural resource;

(Continued on next page)

Forde, [1971] A.C. 632 (H.L.); *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1; *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*, [1952] A.C. 427 (P.C.).

^a DISTINCTION FAITE AVEC:

Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre, [1980] 2 R.C.S. 735.

AVOCATS:

^b *J. R. Haig, c.r.* pour les appelants.
J. Gary Fitzpatrick pour l'intimée.

PROCUREURS:

^c *Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants.
Davis & Company, Vancouver, pour l'intimée.

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

LE JUGE PRATTE: Il s'agit d'un appel interjeté d'une ordonnance de la Division de première instance [[1989] 1 C.F. 135] (le juge Muldoon) qui a accordé une injonction interlocutoire interdisant aux appelants de faire obstacle à l'exportation par l'intimée de planchettes de cèdre rouge. Cette ordonnance, en fait, enjoignait aux appelants de ne pas appliquer un décret en conseil adopté sous le régime de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*¹, une loi qui interdit l'exportation sans licence ministérielle de marchandises insérées par le gouverneur en conseil dans une liste appelée *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*.²

¹ S.R.C. 1970, chap. E-17.

² Pour les fins de la présente espèce, il suffira que nous ayons à l'esprit les dispositions suivantes de cette Loi [art. 3 (mod. par S.C. 1974, chap. 9, art. 1; 1987, chap. 15, art. 26), a.1), c), 6, 7, 13]:

3. Le gouverneur en conseil peut établir une liste de marchandises, appelée «liste de marchandises d'exportation contrôlée», comprenant tout article dont, à son avis, il est nécessaire de contrôler l'exportation pour l'une quelconque des fins suivantes, savoir:

a.1) s'assurer que toute mesure prise pour favoriser le traitement supplémentaire au Canada d'une ressource naturelle qui y est produite ne devienne pas inopérante du fait de l'exportation sans restriction de cette ressource naturelle;

(Suite à la page suivante)

On June 26, 1986, the Governor in Council amended the *Export Control List* [SOR/86-710] by adding the following item:

2003. Blocks and bolts of red cedar.
(All destinations, including the United States)

That amendment was apparently made in order to stop the massive exportation of unprocessed red cedar to the United States which would have otherwise resulted from the imposition by the Government of that country of a 35% tariff on the importation of Canadian red cedar shakes and shingles.

The respondent is a corporation incorporated under the laws of British Columbia where it manufactures from red cedar a product called short red cedar board. A short red cedar board is a kiln dried machine cut cedar board of uniform thickness having the same length and width as a red cedar shingle. It is common ground that by a diagonal saw cut over the length of its thickness, a short red cedar board can easily be made to produce two wedge-shaped shingles.

In 1987, the respondent exported its short cedar boards to the United States without any hindrance. Early in January 1988, however, it was notified by Canada Customs officials, acting on instructions from high authority, that a permit was required for the exportation of short red cedar boards since that product was considered to come

(Continued from previous page)

(c) to ensure that there is an adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs.

6. The Governor in Council may revoke, amend, vary or re-establish any . . . Export Control List . . .

7. The Minister may issue to any resident of Canada applying therefor a permit to export goods included in an Export Control List . . . in such quantity and of such quality, by such persons, to such places or persons and subject to such other terms and conditions as are described in the permit or in the regulations.

13. No person shall export or attempt to export any goods included in an Export Control List . . . except under the authority of and in accordance with an export permit issued under this Act.

Le 26 juin 1986, le gouverneur en conseil a modifié la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* [DORS/86-710] en y ajoutant l'article suivant:

a 2003. Blocs et billons de cèdre rouge.
(Toutes destinations, y compris les États-Unis)

Cette modification visait apparemment à arrêter l'exportation massive de cèdre rouge non transformé vers les États-Unis qui aurait autrement résulté de l'imposition par le gouvernement de ce pays d'un droit à l'importation de 35 % sur les bardeaux ordinaires et les bardeaux de fente de cèdre rouge canadien.

L'intimée est une société constituée en vertu des lois de la Colombie-Britannique, où elle fabrique à partir du cèdre rouge un produit appelé courtes planchettes de cèdre rouge. Une courte planchette de cèdre rouge est une planchette coupée à la machine et séchée au four, dont l'épaisseur est uniforme et dont la longueur et la largeur sont les mêmes que celles d'un bardeau de fente de cèdre rouge. Tous reconnaissent qu'une coupe diagonale effectuée au moyen d'une scie sur l'épaisseur d'une courte planchette de cèdre rouge peut facilement transformer cette planchette en deux bardeaux de fente en biseau.

En 1987, l'intimée a exporté ses courtes planchettes de cèdre vers les États-Unis sans la moindre difficulté. Au début de janvier 1988, toutefois, elle a été avisée par des fonctionnaires de douane du Canada appliquant des directives énoncées par une autorité supérieure qu'une licence était requise pour l'exportation de courtes planchettes de cèdre

(Suite de la page précédente)

c) s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article au Canada suffisant aux besoins de la défense ou autres.

6. Le gouverneur en conseil peut révoquer, modifier, changer ou rétablir toute . . . liste de marchandises d'exportation contrôlée . . .

7. Le Ministre peut délivrer à tout résident du Canada qui en fait la demande une licence d'exporter des marchandises comprises dans une liste de marchandises d'exportation contrôlée . . . en la quantité et de la qualité, par les personnes, aux endroits ou personnes et sous réserve des autres stipulations et conditions que décrivent la licence ou les règlements.

13. Nul ne doit exporter ou tenter d'exporter des marchandises comprises dans une liste de marchandises d'exportation contrôlée . . . si ce n'est sous l'autorité et en conformité d'une licence d'exportation délivrée selon la présente loi.

within item 2003 of the *Export Control List* ("Blocks and bolts of red cedar"). The respondent disagreed with that view and immediately commenced an action against the appellants in the Trial Division seeking a declaration that short cedar boards were not included in the *Export Control List* and could, as a consequence, be exported without a permit.³ The respondent also sought an interlocutory injunction prohibiting the appellants from interfering with the export of short cedar boards. That application for an interlocutory injunction was about to be heard when, on February 12, 1988, the respondent learned that the directive previously given to Customs officials with respect to the requirement of a permit for the export of short red cedar boards had been cancelled. The respondent could then resume its exportation to the United States. That situation, however, did not last long.

³ In its statement of claim, the respondent merely alleged that it manufactured short red cedar boards which it used to export to the United States; that it was notified by Canada Customs officials, on January 4, 1988, that short cedar boards could no longer be exported without a permit since the conclusion had been reached that they were included in item 2003 of the *Export Control List*; that short cedar boards were not, in fact, included in item 2003, first, because they were neither "blocks" nor "bolts" of red cedar and, second, for the reason stated in paragraph 8 of the statement of claim:

8. Further, short cedar boards cannot be considered within the definition of "blocks and bolts of red cedar" which were added to the Export Control List because that addition was specifically stated to have been made pursuant to paragraph 3(A.1) of the *Export and Import Permits Act*. Section 3(A.1) is directed toward the elimination of exporting of jobs from Canada by way of natural resources being exported without further processing in Canada. The manufacturing process of the short cedar boards involves the same amount of labour, if not more, as goes into the manufacture of shingles in Canada. The export of short cedar boards does not fall within the purview of what Section 3(A.1) was designed to prevent.

The respondent finally alleged that its inability to export its product to the U.S. had forced it to shut down its business.

rouge puisque ce produit était considéré comme une marchandise visée par l'article 2003 de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* («Blocs et billons de cèdre rouge»). Étant en désaccord avec cette façon de voir, l'intimée a immédiatement intenté une action contre les appelants devant la Division de première instance pour demander un jugement déclaratoire portant que les courtes planchettes de cèdre n'étaient pas comprises dans la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* et pouvaient, en conséquence, être exportées sans licence³. L'intimée a également demandé la délivrance d'une injonction interlocutoire interdisant aux appelants de faire obstacle à l'exportation des courtes planchettes de cèdre. Cette demande d'injonction interlocutoire était sur le point d'être entendue lorsque, le 12 février 1988, l'intimée a appris l'annulation de la directive donnée aux fonctionnaires de douane qui exigeait une licence pour l'exportation de courtes planchettes de cèdre. L'intimée pouvait donc reprendre ses activités d'exportation vers les États-Unis. Cette situation, toutefois, a été de courte durée.

³ Dans sa déclaration, l'intimée s'est contentée de faire les allégations suivantes: elle fabriquait de courtes planchettes de cèdre rouge, qu'elle exportait vers les États-Unis; le 4 janvier 1988, elle a été avisée par des fonctionnaires de douane du Canada que les courtes planchettes de cèdre ne pouvaient plus être exportées sans licence puisqu'il avait été conclu qu'elles faisaient partie des marchandises visées par l'article 2003 de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*; les courtes planchettes de cèdre ne faisaient pas véritablement partie des marchandises visées par l'article 2003, en premier lieu parce qu'elles n'étaient ni des «blocs» ni des «billons» de cèdre rouge et, en second lieu, pour le motif énoncé au paragraphe 8 de la déclaration:

[TRADUCTION] 8. De plus, les courtes planchettes de cèdre rouge ne peuvent être considérées comme visées par la définition des «blocs et billons de cèdre rouge» qui ont été ajoutés à la Liste de marchandises d'exportation contrôlée puisque leur addition à cette énumération était expressément déclarée avoir lieu sous le régime de l'alinéa 3(A.1) de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. L'alinéa 3(A.1) vise à empêcher que l'exportation de ressources naturelles sans autre transformation au Canada n'entraîne la perte d'emplois pour le Canada. Le processus de fabrication des courtes planchettes de cèdre met en jeu la même quantité de travail, sinon une quantité de travail plus grande, que ne le fait la fabrication de bardeaux de fente au Canada. L'exportation de courtes planchettes de cèdre ne ressortit pas à la catégorie des activités que l'alinéa 3(A.1) a pour objet d'empêcher.

L'intimée a finalement allégué que, s'étant trouvée dans l'impossibilité d'exporter son produit aux États-Unis, elle avait dû mettre fin aux activités de son entreprise.

On February 22, 1988, the Governor in Council amended the *Export Control List* by adopting Order in Council P.C. 1988-288 [SOR/88-140], the text of which reads as follows:

Whereas the Governor in Council deems it necessary to control the export of blocks, bolts, blanks, boards and any other material or product of red cedar suitable for use in the manufacture of shakes or shingles in order to:

- (a) ensure that any action taken to promote the further processing in Canada of red cedar that is produced in Canada is not rendered ineffective by reason of the unrestricted exportation of red cedar; and
- (b) in order to ensure that there is an adequate supply and distribution of red cedar materials and products in Canada for the manufacture of shakes and shingles.

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Secretary of State for External Affairs, pursuant to paragraphs 3(a.1) and (c) and section 6 of the Export and Import Permits Act, is pleased hereby to amend the Export Control List, C.R.C., c. 601, in accordance with the schedule hereto.

SCHEDULE

1. Item 2003 of the *Export Control List* is revoked and the following substituted therefor:

“2003. Blocks, bolts, blanks, boards and any other material or product of red cedar suitable for use in the manufacture of shakes or shingles.
(All destinations, including the United States)”

That order in council was published in the *Canada Gazette* [Part II, Volume 122, No. 5, at pages 1251-1253] together with a document entitled “Regulatory Impact Analysis Statement” which gave information about the background and anticipated effect of the new regulation. The relevant parts of that statement read thus:

Description

Goods requiring export permits for reasons of national security or domestic policy are listed on the *Export Control List* (ECL). In June, 1986, the United States imposed a 35% import tariff on shakes and shingles. The Canadian Government responded by placing bolts and blocks of red cedar, which can be further processed into shingles and shakes, on the export control list in order to prevent their export to the U.S. This action was taken to prevent the loss of Canadian jobs in the shakes and shingles manufacturing industry.

Canadian firms are exploiting a loophole in the ECL by exporting red cedar blanks, not explicitly identified on the

Le 22 février 1988, le gouverneur en conseil a modifié la *Liste des marchandises d'exportation contrôlée* en adoptant le décret en conseil C.P. 1988-288 [DORS/88-140], qui est libellé de la façon suivante:

Attendu que le gouverneur en conseil est d'avis qu'il est nécessaire de contrôler l'exportation de blocs, billons, ébauches, planches et tout autre matériau ou produit de cèdre rouge propres à être utilisés pour la fabrication de bardeaux ordinaires ou de bardeaux de fente, afin de s'assurer:

- a) que toute mesure prise pour favoriser le traitement supplémentaire au Canada du cèdre rouge qui y est produit ne devienne pas inopérante du fait de son exportation sans restriction,
- b) que l'approvisionnement et la distribution de ces matériaux et produits de cèdre rouge soient suffisants pour la fabrication de bardeaux ordinaires et de bardeaux de fente au Canada,

À ces causes, sur avis conforme du secrétaire d'État aux Affaires extérieures et en vertu des alinéas 3a.1) et c) et de l'article 6 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de modifier, conformément à l'annexe ci-après, la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*, C.R.C., ch. 601.

ANNEXE

1. L'article 2003 de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«2003. Blocs, billons, ébauches, planches et tout autre matériau ou produit de cèdre rouge propres à être utilisés pour la fabrication de bardeaux ordinaires ou de bardeaux de fente.
(Toutes destinations, y compris les États-Unis)»

Ce décret en conseil a été publié dans la *Gazette du Canada* [Partie II, volume 122, n° 5, aux pages 1251 à 1253] avec un document intitulé «Résumé de l'étude d'impact de la réglementation» qui faisait état du contexte et de l'effet prévisible de la nouvelle disposition réglementaire. Les passages pertinents de cette déclaration étaient ainsi libellés:

Description

Les biens pour lesquels un permis d'exportation est requis, pour des raisons de sécurité nationale ou de politique intérieure, sont inscrits dans la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* (LMEC). En juin 1986, les États-Unis imposaient un droit à l'importation de 35 % sur les bardeaux de fente et les bardeaux. Le gouvernement du Canada a réagi en plaçant sur la liste en question les blocs et billons de cèdre rouge qui peuvent être transformés en bardeaux et bardeaux de fente, afin d'en empêcher l'exportation aux États-Unis. Cette mesure était destinée à empêcher la perte d'emplois au Canada dans l'industrie de fabrication de bardeaux de fente et de bardeaux.

Certaines entreprises canadiennes usent d'une échappatoire dans la LMEC pour exporter des ébauches de cèdre rouge. En

Export Control List, suitable for the manufacture of shingles and shakes.

The measure will amend the ECL by adding red cedar blanks, boards and any other material or product of red cedar suitable for use in the manufacture of shakes or shingles, thereby fulfilling the original intent of the regulation. Controlling the export from Canada of these goods supports the Canadian and British Columbian Government programs to promote the further processing of red cedar materials into shingles and shakes within Canada. Legal authority for this action is provided by the *Export and Import Permits Act*.

Anticipated Impact

DRIE in Vancouver estimates that the further establishment of shakes and shingles manufacturing facilities in the U.S. using Canadian red cedar, as a result of the existing loophole, would result in the loss of 10 to 20% of the 12,000 jobs in the shakes and shingles manufacturing industry. These jobs and the newly created U.S. industry may be difficult to re-transfer to Canada when the 35% duty on shakes and shingles is eventually removed. As a result of the amendment to the *Export Control List*, all semi-processed materials of red cedar will require an export permit, which would normally be refused for the reasons stated above.

After that amendment to the *Export Control List*, representatives of the appellants took the position that the respondent's short cedar boards came within the terms of the new item 2003. This prompted the respondent to amend its statement of claim so as to allege that item 2003 of the *Export Control List* had been amended and to seek, in the prayer for relief, a declaration that the amendment was *ultra vires*.

The respondent then presented its motion for an interlocutory injunction prohibiting the appellants, until the trial of the action, from interfering with the export of short cedar boards. In support of that motion, the respondent filed affidavits attesting, *inter alia*, that:

1. Short cedar boards are neither blocks nor bolts of red cedar;
2. There is no less labour involved in the production of short cedar boards than in the production of shingles;
3. The export of short cedar boards will not, in the affiant's belief, endanger there being an

effet, ce produit qui sert à fabriquer des bardeaux ou des bardeaux de fente ne figure pas dans la liste.

La mesure modifiera la LMEC en y ajoutant les ébauches, planches et autres matériaux ou produits de cèdre rouge pouvant servir à fabriquer des bardeaux de fente et des bardeaux, conformément à l'objet initial du règlement. Le fait de contrôler l'exportation de ces produits depuis le Canada va dans le même sens que les programmes des gouvernements du Canada et de la Colombie-Britannique destinés à promouvoir la transformation des matériaux de cèdre rouge en bardeaux et bardeaux de fente au Canada même. Cette mesure est prise en vertu de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*.

Répercussions prévisibles

Selon le bureau du MEIR à Vancouver, les installations de fabrication de bardeaux de fente et de bardeaux, à partir du cèdre rouge canadien exporté, qui seraient établies aux États-Unis en raison de l'échappatoire actuelle feraient perdre de 10 à 20 % des 12 000 emplois qui existent au Canada dans cette industrie. Ces emplois et les installations américaines nouvellement établies pourraient être difficilement retransférables au Canada lorsque le droit de 35 % sur les bardeaux de fente et bardeaux sera finalement supprimé. Étant donné la modification à la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*, tous les matériaux de cèdre rouge semi-transformés nécessiteront une licence d'exportation, qui serait normalement refusée pour les raisons susmentionnées.

Après l'adoption de cette modification à la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*, les représentants des appelants ont considéré que les courtes planchettes de cèdre de l'intimée appartenaient à la catégorie de marchandises visées à l'article 2003. Cette attitude a incité l'intimée à modifier sa déclaration pour alléguer que l'article 2003 de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* avait été modifié et pour solliciter, dans la demande de redressement, un jugement déclaratoire portant que la modification en question était *ultra vires*.

L'intimée a alors présenté sa requête demandant la délivrance d'une injonction interlocutoire qui interdirait aux appelantes de faire obstacle à l'exportation des courtes planchettes de cèdre jusqu'à l'instruction de l'action. À l'appui de cette requête, l'intimée a déposé des affidavits attestant entre autres que:

1. Les courtes planchettes de cèdre ne sont ni des blocs ni des billons de cèdre rouge;
2. La production de courtes planchettes de cèdre ne requiert pas moins de travail que celle des bardeaux de fente;
3. L'exportation de courtes planchettes de cèdre, selon le déposant, ne risquerait pas d'em-

adequate supply or distribution of red cedar for defence or other needs in Canada;

4. That, in January, 1988, before item 2003 of the *Export Control List* was amended, a Special Assistant to the Minister of International Trade declared to a lawyer representing the respondent during a meeting held for the purpose of discussing these proceedings, that the Minister “was concerned that all mills in the shake and shingle industry should be carrying on their business ‘on a level playing field’ and that no mills should have an unfair advantage over others and for these reasons legislation was required to prohibit the export of short cedar boards.”

5. That the inability of the respondent to export short cedar boards forced it to lay off its 75 employees.

Mr. Justice Muldoon heard that application and granted the interlocutory injunction. He first correctly stated that the various questions to be considered by a court that is asked to suspend temporarily the application of a legislation or regulatory provision until the court has ruled on the validity of that provision are those mentioned by Mr. Justice Beetz in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*,⁴ namely:

- (a) The seriousness of the plaintiff’s claim.
- (b) Will there be irreparable harm to the applicant for the injunction if the injunction is not granted?
- (c) The balance of convenience.

Mr. Justice Muldoon found that the last two questions were to be answered in favour of the respondent on this appeal (the applicant for the injunction). Counsel for the appellants expressly refrained from contesting these findings. He raised only one ground of appeal, namely, that Mr. Justice Muldoon had erred in answering the first one of those three questions and deciding that the respondent’s action raised a serious question.

pêcher que l’approvisionnement ou la distribution du cèdre rouge réponde aux besoins canadiens, notamment en matière de défense;

4. En janvier 1988, avant la modification de l’article 2003 de la *Liste de marchandises d’exportation contrôlée*, un adjoint spécial du ministre du Commerce extérieur a déclaré à un avocat représentant l’intimée au cours d’une rencontre tenue au sujet du présent litige que le ministre [TRADUCTION] «tenait à ce que toutes les scieries œuvrant dans l’industrie du bardeau et du bardeau de fente exercent leurs activités «avec des chances égales» et qu’aucune scierie ne bénéficie d’un avantage indû sur les autres, de sorte que des dispositions législatives devraient être adoptées pour interdire l’exportation des courtes planchettes de cèdre».

5. L’interdiction à l’intimée d’exporter des courtes planchettes de cèdre l’a forcée à mettre à pied ses 75 employés.

M. le juge Muldoon a entendu la demande et accordé l’injonction interlocutoire demandée. Il a tout d’abord déclaré avec raison que les diverses questions devant être examinées par un tribunal qui se trouve saisi d’une demande sollicitant la suspension temporaire de l’application d’une disposition législative ou réglementaire jusqu’à ce qu’une cour ait statué sur la validité de cette disposition sont celles mentionnées par M. le juge Beetz dans l’arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*,⁴ c’est-à-dire:

- (a) Le sérieux de la demande de la partie demanderesse.
- (b) La partie qui cherche à obtenir l’injonction subira-t-elle un préjudice irréparable si ce redressement n’est pas accordé?
- (c) La prépondérance des inconvénients.

M. le juge Muldoon a conclu que ces deux dernières questions devaient recevoir une réponse favorable à la partie agissant comme intimée dans le présent appel (et comme requérante dans la demande d’injonction). L’avocat des appelants a expressément déclaré qu’il ne contestait pas ces conclusions. Le seul motif d’appel qu’il ait soulevé veut que M. le juge Muldoon se soit trompé en répondant à la première de ces trois questions que l’action intentée par l’intimée soulevait une question sérieuse.

⁴ [1987] 1 S.C.R. 110.

⁴ [1987] 1 R.C.S. 110.

The question raised by the respondent's action was that of the validity of the Order in Council amending the *Export Control List*. That Order in Council was adopted pursuant to sections 3 and 6 of the *Export and Import Permits Act* which authorized the Governor in Council to establish and amend "a list of goods . . . the export of which he [the Governor in Council] deems it necessary to control for any" of the purposes enumerated in section 3. The Order in Council here in question specified that it was adopted because the Governor in Council deemed it necessary to control the export of product of red cedar suitable for use in the manufacture of shakes and shingles for two of the purposes mentioned in the Act, namely:

3. . . .

(a.1) to ensure that any action taken to promote the further processing in Canada of a natural resource that is produced in Canada is not rendered ineffective by reason of the unrestricted exportation of that natural resource;

(c) to ensure that there is an adequate supply and distribution of such article in Canada for defence or other needs.

As I read the reasons of Muldoon J., he held that the question of the validity of the Order of Council was a "serious question" because the respondent had adduced evidence showing that the Governor in Council, when it had amended item 2003 of their *Export Control List*, had acted on the basis of "misleading information" to the effect that the amendment to the List would save Canadian jobs and was necessary to ensure an adequate supply and distribution of red cedar material in Canada. The Judge expressed himself as follows on this subject [at pages 148-149 and 151-152].

In a nutshell, the plaintiff alleges that the Governor in Council was misled about the regulation's devastating impact on the jobs of its employees, and since paragraph 3(a.1) of the Act is aimed at preserving jobs in Canada, then the passing of P.C. 1988-288 was *ultra vires* of the Governor in Council. It claims the right to the Court's aid in enjoining the government from enforcing the *Export Control List's* impugned item 2003 against it until the outcome of this litigation be adjudged.

La question soulevée par l'action de l'intimée était celle de la validité du décret en conseil modifiant la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*. Ce décret en conseil a été adopté conformément aux articles 3 et 6 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation* autorisant le gouverneur en conseil à établir et à modifier «une liste de marchandises . . . dont, . . . [de l']avis [du gouverneur en conseil], il est nécessaire de contrôler l'exportation pour» les objets énumérés à l'article 3. Le décret en conseil dont il est question en l'espèce précisait avoir été adopté parce que le gouverneur en conseil était d'avis qu'il était nécessaire de contrôler l'exportation des produits de cèdre rouge propres à être utilisés pour la fabrication de bardeaux ordinaires ou de bardeaux de fente afin d'assurer la réalisation de deux des objets mentionnés dans la Loi, à savoir:

3. . . .

a.1) s'assurer que toute mesure prise pour favoriser le traitement supplémentaire au Canada d'une ressource naturelle qui y est produite ne devienne pas inopérante du fait de l'exportation sans restriction de cette ressource naturelle;

c) s'assurer d'un approvisionnement et d'une distribution de cet article au Canada suffisant aux besoins de la défense ou autres.

Selon mon interprétation des motifs du juge Muldoon, il a conclu que la question de la validité du décret en conseil était une «question sérieuse» parce que l'intimée avait présenté des éléments de preuve établissant que le gouverneur en conseil, lorsqu'il avait modifié l'article 2003 de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée*, avait agi en se fondant sur des «informations trompeuses» selon lesquelles la modification de la liste sauvegarderait des emplois canadiens et était nécessaire pour assurer que l'approvisionnement et la distribution du matériau de cèdre rouge au Canada soient suffisants. Le juge de première instance s'est exprimé de la manière suivante à ce sujet [aux pages 148, 149, 151 et 152]:

En résumé, la demanderesse soutient que le gouverneur en conseil a été induit en erreur au sujet des répercussions dévastatrices de la réglementation sur les emplois de son entreprise, et comme l'alinéa 3a.1) de la Loi vise à préserver des emplois au Canada, la prise du décret C.P. 1988-288 excédait les pouvoirs du gouverneur en conseil. Elle revendique le droit de faire appel à la Cour pour interdire au gouvernement de mettre en application l'article 2003 contesté de la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* jusqu'à la résolution du présent litige.

Since at least the time of the decision of the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, if not long before, it cannot be said to be unthinkable that decisions of the Governor in Council could be and are subject to judicial review. Mr. Justice Estey who expressed the Supreme Court's judgment is reported at pages 748 S.C.R.; 11 D.L.R., thus:

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.

So it is, that the defendants herein except for Her Majesty the Queen, are not immune from being temporarily restrained by means of an interlocutory injunction if it appears that they failed to observe the provisions of paragraph 3(a.1) of the Act by considering misleading information. That is a serious question to be tried.

In so far as the Supreme Court of Canada in the *Metropolitan Stores* case approves the test (page 128) of "a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim" for "constitutional case where . . . the public interest is taken into consideration in the balance of convenience", it is apparent from what has already been reviewed herein that this present case passes that test.

It must be acknowledged that the result would be different if the test were that of a *prima facie* case. The plaintiff does not challenge Parliament's power to enact section 3 of the Act, but one must still consider whether the actual emplacement of the new item 2003 in the *Export Control List* be a lawful or otherwise proper exercise of the powers conferred on the Governor in Council . . . Here, the plaintiff avers it has evidence and argument in law to show that without the demonstrable misinformation which apparently misled the Governor in Council, there was no statutory basis for promulgating item 2003, which has been deadly to the plaintiff's business, and, the defendants tender their contradictory affidavit.

With respect to the question whether the making of the Order in Council was authorized by paragraph 3(c) of the Act, the Judge of first instance, in addition to finding that the Governor in Council had possibly acted on the basis of erroneous information, expressed the view that the Governor in Council had possibly misconstrued that paragraph of the statute and, for that reason, failed to form the required belief. Indeed, the Judge expressed the opinion that the words "other needs" in that paragraph were to be interpreted by applying the "*ejusdem generis*" rule as referring

À tout le moins depuis la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, si ce n'est bien avant, il n'est pas impensable qu'une décision du gouverneur en conseil puisse être et soit soumise à un contrôle judiciaire. Le juge Estey, qui a rendu le jugement de la Cour suprême, déclare aux pages 748 R.C.S.; 11 D.L.R.:

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.

Le fait est qu'en l'espèce, les défendeurs, à l'exception de Sa Majesté la Reine, peuvent faire l'objet d'une injonction interlocutoire s'il semble que l'on n'ait pas respecté les dispositions de l'alinéa 3a.1) de la Loi en tenant compte d'informations trompeuses. C'est une question sérieuse qui doit être résolue au procès.

Dans la mesure où la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Metropolitan Stores* a approuvé le critère (à la page 128) de l'existence «d'une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire» dans «une affaire constitutionnelle où . . . l'intérêt public est pris en considération dans la détermination de la prépondérance des inconvénients», il est évident, d'après les éléments examinés jusqu'ici, que la présente affaire satisfait à ce critère.

Il faut reconnaître que le résultat serait différent si le critère consistait à établir une apparence de droit suffisante. La demanderesse ne conteste pas le pouvoir du Parlement d'adopter l'article 3 de la Loi, mais il convient quand même de se demander si l'inscription du nouvel article 2003 sur la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* constitue un exercice légal ou par ailleurs légitime des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil . . . En l'espèce, la demanderesse affirme posséder des éléments de preuve et des arguments de droit pour établir que les renseignements erronés qui on apparemment induit en erreur le gouverneur en conseil et dont on peut démontrer qu'ils sont mal fondés constituent le seul fondement législatif permettant l'inscription de l'article 2003 sur la liste, avec les résultats dévastateurs que l'on sait sur l'entreprise de la demanderesse. Les défendeurs ont produit des affidavits pour réfuter cette thèse.

En ce qui a trait à la question de savoir si l'adoption du décret en conseil était autorisée par l'alinéa 3c) de la Loi, le juge de première instance, en plus de conclure que le gouverneur en conseil avait peut-être agi sur le fondement d'informations trompeuses, a exprimé le point de vue que le gouverneur en conseil avait pu interpréter erronément cet alinéa de la Loi et, en conséquence, omettre de former l'opinion requise. Le juge a en effet exprimé l'opinion que le mot «autres» de cet alinéa devait s'interpréter selon la règle «*ejusdem generis*» comme ne visant que les besoins relatifs à

only to needs related to defence. As we are not in a state of war, and as red cedar is clearly not necessary for the defence of the country, it would follow, if I understand the Judge's reasons, that the Governor in Council acted on the basis of a wrong interpretation of the statute as well as of misleading information.

I may say immediately that this interpretation of paragraph 3(c) of the Act appears to me to be wrong. The words "other needs" in that paragraph clearly mean what they say, namely, needs other than those related to defence. I do not see any reason to restrict the normal meaning of those words in the manner suggested. I am of the opinion, therefore, that it cannot be seriously argued that the Governor in Council, in making the Order in Council in question, acted on a wrong interpretation of the statute.

The question remains, however, whether, for other reasons, the respondent's claim could be said to raise a serious issue. Before answering that question, a few general observations are in order:

1. When Mr. Justice Beetz said in the *Metropolitan Stores* case⁵ that the test to be applied in a case like the present one in order to assess the merit of the plaintiff's case is whether there is a serious question to be tried, he clearly meant to adopt the test formulated by Lord Diplock in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*⁶ It may, therefore, be helpful to have in mind what Lord Diplock said in that case:⁷

The grant of an interlocutory injunction is a remedy that is both temporary and discretionary. It would be most exceptional for your Lordships to give leave to appeal to this House in a case which turned upon where the balance of convenience lay. In the instant appeal, however, the question of the balance of convenience, although it had been considered by Graham J. and decided in Cyanamid's favour, was never reached by the Court of Appeal. They considered that there was a rule of practice so well established as to constitute a rule of law that precluded them from granting any interim injunction unless upon the

⁵ [1987] 1 S.C.R. 110.

⁶ [1975] A.C. 396 (H.L.).

⁷ At pp. 405, 407 and 408.

la défense. Comme nous ne nous trouvons pas en état de guerre, et comme le cèdre rouge n'est clairement pas nécessaire à la défense de notre pays, il s'ensuivrait, si je comprends bien les motifs du juge de première instance, que le gouverneur en conseil a agi en se fondant sur une interprétation erronée de la Loi en plus d'agir sur le fondement d'informations trompeuses.

Je puis dire immédiatement que cette interprétation de l'alinéa 3c) de la Loi me semble fautive. Les termes «other needs» de la version anglaise de cet alinéa [«autres» ou «notamment» dans la version française] signifient clairement ce qu'ils disent, c'est-à-dire qu'ils désignent des besoins autres que les besoins relatifs à la défense. Je ne vois aucun motif de restreindre la signification ordinaire de ces termes de la manière suggérée. Je suis donc d'avis que l'on ne peut sérieusement soutenir que le gouverneur en conseil, en prenant le décret en conseil visé en l'espèce, a agi en se fondant sur une interprétation erronée de la Loi.

Toutefois, la question se pose toujours de savoir si, pour d'autres motifs, la demande de l'intimé pourrait être considérée comme soulevant une question sérieuse. Avant de répondre à cette question, il convient de faire certaines observations d'ordre général:

1. Lorsque M. le juge Beetz a dit dans l'arrêt *Metropolitan Stores*⁵ que le critère devant être appliqué dans une affaire comme celle-ci afin d'apprécier le bien-fondé de l'argumentation du demandeur consiste à savoir s'il existe une question sérieuse à juger, il entendait clairement adopter le critère formulé par lord Diplock dans l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*⁶ Il peut donc nous être utile d'avoir à l'esprit les propos tenus par lord Diplock dans cet arrêt⁷:

[TRADUCTION] L'octroi d'une injonction interlocutoire constitue un redressement à la fois temporaire et discrétionnaire. Il serait des plus exceptionnels que Vos Seigneuries accordent une autorisation d'interjeter appel devant cette Chambre dans une affaire où la question soulevée est celle de la prépondérance des inconvénients. Dans le présent appel, toutefois, la Cour d'appel n'a jamais abordé la question des incidences les plus favorables bien que le juge Graham ait examiné cette question et l'ait tranchée en faveur de Cyanamid. La Cour a estimé qu'une règle de pratique, si bien établie qu'elle constituait une règle de

⁵ [1987] 1 R.C.S. 110.

⁶ [1975] A.C. 396 (H.L.).

⁷ Aux p. 405, 407 et 408.

evidence adduced by both the parties on the hearing of the application the applicant had satisfied the court that on the balance of probabilities the acts of the other party sought to be enjoined would, if committed, violate the applicant's legal rights. In the view of the Court of Appeal the case which the applicant had to prove before any question of balance of convenience arose was "prima facie" only in the sense that the conclusion of law reached by the court upon that evidence might need to be modified at some later date in the light of further evidence either detracting from the probative value of the evidence on which the court had acted or proving additional facts. It was in order to enable the existence of any such rule of law to be considered by your Lordships' House that leave to appeal was granted.

Your Lordships should in my view take this opportunity of declaring that there is no such rule. The use of such expressions as "a probability," "a prima facie case," or "a strong prima facie case" in the context of the exercise of a discretionary power to grant an interlocutory injunction leads to confusion as to the object sought to be achieved by this form of temporary relief. The court no doubt must be satisfied that the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried.

It is no part of the court's function at this stage of the litigation to try to resolve conflicts of evidence on affidavit as to facts on which the claims of either party may ultimately depend nor to decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature considerations. These are matters to be dealt with at the trial. One of the reasons for the introduction of the practice of requiring an undertaking as to damages upon the grant of an interlocutory injunction was that "it aided the court in doing that which was its great object, viz. abstaining from expressing any opinion upon the merits of the case until the hearing": *Wakefield v. Duke of Buccleugh* (1865) 12 L.T. 628, 629. So unless the material available to the court at the hearing of the application for an interlocutory injunction fails to disclose that the plaintiff has any real prospect of succeeding in his claim for a permanent injunction at the trial, the court should go on to consider whether the balance of convenience lies in favour of granting or refusing the interlocutory relief that is sought.

The question that the Court of first instance had to answer therefore, in assessing the merit of the respondent's case, was whether the material available to the Court at the hearing of the application for an interlocutory injunction disclosed that the respondent had any real prospect of succeeding in his claim that the Order in Council was *ultra vires*.

2. My second observation is that, since an interlocutory injunction is a discretionary remedy, a court of appeal is normally reluctant to intervene and set aside a decision granting or refusing to grant an injunction. However, a court of appeal

droit, l'empêchait d'accorder une injonction interlocutoire à moins que, d'après la preuve produite par les deux parties à l'audition de la requête, le demandeur ne l'ait convaincue, selon une preuve prépondérante, que l'exécution par l'autre partie des actes qu'on cherche à interdire violerait les droits du demandeur prévus par la loi. D'après la Cour d'appel, ce que le demandeur doit prouver, avant même d'aborder la question des incidences les plus favorables, est uniquement une «présomption» en ce sens que la conclusion à laquelle en vient la cour en se fondant sur cette preuve risque d'être modifiée par la suite si d'autres preuves en diminuent la valeur probante ou établissent d'autres faits. C'est pour permettre à la Chambre des lords d'examiner l'existence d'une telle règle de droit que l'autorisation d'appel a été accordée.

À mon avis, Vos Seigneuries devraient saisir l'occasion de déclarer qu'une telle règle est inexistante. Des expressions comme «une probabilité», «une présomption» ou «une forte présomption», employées relativement à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder une injonction interlocutoire, créent de la confusion quant à l'objet de ce recours temporaire. Sans doute, le tribunal doit être convaincu que la demande n'est ni futile ni vexatoire, ou, en d'autres termes, que la question à trancher est sérieuse.

La cour n'a pas, en cet état de la cause, à essayer de résoudre les contradictions de la preuve soumise par affidavit, quant aux faits sur lesquels les réclamations de chaque partie peuvent ultimement reposer, ni à trancher les épineuses questions de droit qui nécessitent des plaidoiries plus poussées et un examen plus approfondi. C'est au procès qu'il convient de statuer là-dessus. La pratique voulant qu'on demande un engagement relatif aux dommages-intérêts avant d'accorder une injonction interlocutoire a été introduite en partie parce qu'elle aide la cour à atteindre son grand objectif, c'est-à-dire s'abstenir d'exprimer une opinion sur le bien-fondé de l'affaire avant l'audition: *Wakefield v. Duke of Buccleugh* (1865) 12 L.T. 628, 629. Ainsi, à moins que la preuve soumise à la cour à l'audition de la requête en injonction interlocutoire ne réussisse pas à établir que le demandeur a véritablement une chance d'avoit gain de cause dans sa réclamation en vue d'obtenir une injonction permanente au cours du procès, la cour doit examiner la question de savoir lequel de l'octroi ou du refus de l'injonction interlocutoire recherchée aurait les incidences les plus favorables.

La question devant être tranchée par le tribunal de première instance dans l'appréciation du bien-fondé de l'argumentation de l'intimée était donc celle de savoir si la preuve soumise à la Cour à l'audition de la requête en injonction interlocutoire établissait que l'intimée avait véritablement une chance de faire accepter sa prétention que le décret en conseil était *ultra vires*.

2. Ma seconde observation est que, l'injonction interlocutoire constituant un redressement à caractère discrétionnaire, les cours d'appel seront habituellement réticentes à intervenir pour annuler les décisions qui les accordent ou les refusent. Une

must intervene if it appears that the court of first instance acted on a wrong view of the law.

3. My last observation is that the respondent challenges the validity of the Order in Council amending the *Export Control List* on only one ground, namely, that it is not the kind of Order in Council which the Governor in Council was empowered to make under section 3 of the *Export and Import Permits Act*. In testing the accuracy of that contention, one should have in mind the very words of section 3 which require, for the validity of the Order in Council, not that it be really necessary for the purposes stated in the section but, rather, that the Governor in Council be of opinion that it is necessary for those purposes. In *McEldowney v. Forde*,⁸ Lord Diplock had this to say about the validity of regulations adopted under enabling legislation of that kind:

The relevant characteristic of subordinate legislation so described in the words of delegation is the belief of the person empowered to make it that it will achieve the effect described. If he does so believe it is valid. It is only if he does not that it is ultra vires and void. The relevant inquiry which the court has to make when subordinate legislation made under words of delegation of this kind is challenged is not whether his belief was justified but whether it existed. The absence of such belief may connote mala fides on the part of the maker of the subordinate legislation, i.e., that he has used the delegated power with the deliberate intention of achieving an effect other than that described in the words of delegation, but it does not necessarily do so. He may have honestly misconstrued the words of the statute describing the effect to be achieved and for this reason have failed to form the relevant belief. These are two of the grounds referred to by Viscount Radcliffe in *Attorney-General for Canada v. Hallett & Carey Ltd.* [1952] A.C. 427, 444, 445, as invalidating subordinate legislation made under words of delegation in which the belief of the subordinate authority in the effect to be achieved by the subordinate legislation is expressly stated to be the characteristic of the legislation which he is empowered to make. But in practice it is seldom possible to distinguish between these two grounds. The subordinate authority is not normally compellable to disclose his own mental processes and the court is powerless to declare the subordinate legislation invalid unless, in the words of Viscount Radcliffe, at p. 450, it is not "capable of being related to one of the prescribed purposes" so that its very terms give rise to the inference that the subordinate authority whether deliberately or

⁸ [1971] A.C. 632 (H.L.), at p. 660.

cour d'appel doit toutefois intervenir lorsqu'il ressort que le tribunal de première instance a fondé sa décision sur une conception erronée du droit.

a 3. Ma dernière observation est que la contestation par l'intimée de la validité du décret en conseil modifiant la *Liste de marchandises d'exportation contrôlée* se fonde sur un seul motif, suivant lequel ce décret en conseil n'appartient pas à la catégorie des décrets que le gouverneur en conseil était habilité à prendre en vertu de l'article 3 de la *Loi sur les licences d'exportation et d'importation*. En appréciant la justesse de cette prétention, l'on devrait avoir à l'esprit les termes mêmes de l'article 3, qui exigent, pour que le décret en conseil soit valide, non qu'il soit réellement nécessaire aux fins énumérées dans cet article mais plutôt que le gouverneur en conseil soit d'opinion que ce décret est nécessaire pour de telles fins. Dans l'arrêt *McEldowney v. Forde*⁸, lord Diplock a dit au sujet de la validité des dispositions réglementaires adoptées en vertu d'une loi habilitante de ce type:

[TRADUCTION] La caractéristique pertinente de la législation promulguée par pouvoir délégué qui est ainsi décrite dans les dispositions habilitantes est que la personne à qui est conféré le pouvoir de l'édicter doit être d'opinion que cette législation réalisera l'objet décrit dans ces dispositions. Si cette personne est d'un tel avis, la disposition adoptée est valide. Elle ne peut être ultra vires et nulle que si cette personne n'est pas d'un tel avis. L'examen que la cour doit effectuer lorsqu'une législation promulguée par pouvoir délégué adoptée en vertu de dispositions délégatrices de ce type est contestée ne concerne pas la question de savoir si l'opinion de la personne l'ayant édictée était justifiée mais celle de savoir si une telle opinion existait. L'absence d'une telle croyance peut indiquer de la mauvaise foi de la part de la personne ayant adopté la législation déléguée— elle a pu, par exemple, utiliser le pouvoir délégué avec l'intention arrêtée de réaliser une fin autre que celle décrite dans la disposition délégatrice—mais elle ne le fait pas obligatoirement. La personne concernée a pu commettre honnêtement une erreur lorsqu'elle a interprété les termes de la loi décrivant l'objet à réaliser et, pour ce motif, faire défaut de former l'opinion pertinente. Ces deux motifs sont au nombre de ceux dont le vicomte Radcliffe, dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Hallett & Carey Ltd.* [1952] A.C. 427, aux pages 444 et 445, a dit qu'ils invalidaient la législation adoptée sous le régime de dispositions délégatrices portant expressément que la législation à adopter doit être caractérisée par l'opinion de l'autorité délégataire que la disposition législative promulguée par pouvoir délégué réalisera un objet donné. En pratique, cependant, il est rarement possible de distinguer ces deux motifs. Le délégataire ne peut normalement être forcé de dévoiler ses propres processus mentaux, et la cour est impuissante à déclarer la législation promulguée par pouvoir délégué invalide à moins que, selon les termes utilisés par le vicomte

⁸ [1971] A.C. 632 (H.L.), à la p. 660.

as a result of his misconstruing the statute cannot have formed the relevant belief.

In the *Reference re Chemical Regulations*,⁹ the Supreme Court of Canada had to consider the validity of a regulation adopted under an enabling statute of the same kind which empowered the Governor in Council to make such regulations "as he may . . . deem necessary" for the security of the country. Chief Justice Duff expressed himself in the following terms¹⁰ which were later quoted with approval by the Privy Council in *Attorney-General for Canada v. Hallet & Carey Ltd.*:¹¹

. . . when Regulations have been passed by the Governor General in Council in professed fulfilment of his statutory duty, I cannot agree that it is competent to any court to canvass the considerations which have, or may have, led him to deem such Regulations necessary or advisable for the transcendent objects set forth. The authority and the duty of passing on that question, are committed to those who are responsible for the security of the country—the Executive Government itself, under, I repeat, its responsibility to Parliament. The words are too plain for dispute: the measures authorized are such as the Governor General in Council (not the courts) deems necessary or advisable.

In the light of this last observation, it is clear that whether the Governor in Council based its opinion that the Order in Council was necessary for the purposes mentioned in section 3 on accurate or on misleading information is not relevant to the determination of the validity of that Order in Council. If the Governor in Council deemed the Order in Council necessary for those purposes, it matters not that this opinion be right or wrong. Mr. Justice Muldoon based his conclusion that there was a serious question to be tried in the findings that the Governor in Council acted on the basis of misleading information. His conclusion is, therefore, tainted by an error of law. For that reason, this is a case where the Court may interfere with his exercise of his discretion.

Counsel for the respondent argued that even if Mr. Justice Muldoon was wrong on that point, his

⁹ *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] S.C.R. 1.

¹⁰ At p. 12.

¹¹ [1952] A.C. 427, at p. 445.

Radcliffe à la page 450, elle ne soit pas «capable d'être reliée à une des fins prescrites», si bien que son libellé même donne à inférer que le délégataire, soit délibérément, soit en interprétant erronément la Loi, ne peut avoir formé l'opinion pertinente.

a Dans l'arrêt *Reference re Chemical Regulations*⁹, la Cour suprême du Canada était appelée à examiner la validité d'un règlement adopté en vertu d'une loi habilitante du même type que la loi en l'espèce qui conférait au gouverneur en conseil b le pouvoir d'adopter les règlements «qu'il peut . . . juger nécessaires» à la sécurité du pays. Le juge en chef Duff a tenu les propos suivants¹⁰, qui ont subséquentement été cités avec approbation par le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for c Canada v. Hallet & Carey Ltd.*¹¹:

[TRADUCTION] . . . lorsque le gouverneur en conseil décrète des règlements dans l'accomplissement officiel de ses fonctions légales, je ne puis être d'accord qu'une cour de justice soit compétente à se pencher sur les considérations qui ont, ou qui auraient pu le porter à juger que ces règlements étaient nécessaires ou opportuns pour les fins transcendantes énoncées. Le d pouvoir et la responsabilité de se prononcer sur cette question sont conférés à ceux qui sont responsables de la sécurité du pays—c'est-à-dire l'exécutif du gouvernement lui-même—et ce e dernier est, je le répète, comptable devant le Parlement. Ces termes sont trop explicites pour donner lieu à contestation; les mesures autorisées sont celles que le gouverneur général en conseil (et non les tribunaux) juge nécessaires ou opportunes.

À la lumière de cette dernière observation, il est clair que la question de savoir si le gouverneur en conseil a fondé son opinion que le décret en conseil était nécessaire à la réalisation des objets mentionnés à l'article 3 sur des éléments d'information exacts ou trompeurs n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité de ce décret en conseil. Si le gouverneur en conseil a jugé le décret en conseil nécessaire à ces fins, il n'importe pas que son opinion soit juste ou erronée. M. le juge Muldoon a fondé sa conclusion qu'il existait une question sérieuse à trancher sur les appréciations selon lesquelles le gouverneur en conseil avait agi en se fondant sur des informations trompeuses. Sa conclusion est donc entachée d'une erreur de droit. Pour ce motif, la Cour est justifiée en l'espèce d'intervenir relativement à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

L'avocat de l'intimée a soutenu que, même en admettant que M. le juge Muldoon ait pu faire

⁹ *Reference as to the Validity of the Regulations in relation to Chemicals*, [1943] R.C.S. 1.

¹⁰ À la p. 12.

¹¹ [1952] A.C. 427, à la p. 445.

conclusion could be supported on other grounds. First, said he, the respondent's claim is serious because it may be able to establish at the trial that the Governor in Council acted in bad faith and adopted the Order in Council for purposes other than those specified in section 3. This contention is, in my view, without merit. I do not see how, in a case like the present one, when the Order in Council expressly states the purposes for which it was made, one could prove that it was in fact made for another purpose. In my view, the material available to us at this time "fails to disclose that the plaintiff has any real prospect of succeeding" on this point.

Counsel also argued that, assuming that the bad faith of the Governor in Council itself could not be established, there is nevertheless a real possibility that it could be proved at the trial that the Governor in Council acted on the advice of civil servants or officials who were pursuing objectives different from those authorized by section 3 of the Act. The intentions of those persons, according to counsel, must be ascribed to the Governor in Council. In support of that last proposition he referred to the following passage of the reasons for judgment of Estey J. in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*:¹²

The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council. The executive branch cannot be deprived of the right to resort to its staff, to departmental personnel concerned with the subject matter, and above all to the comments and advice of ministerial members of the Council who are by virtue of their office concerned with the policy issues arising by reason of the petition whether those policies be economic, political, commercial or of some other nature.

I must say that I do not see anything in this passage supporting counsel's view that the opinions entertained and the objectives pursued by some individual ministers or their staff should or could be attributed to the Governor in Council. Counsel's last argument is founded, in my view, on an untenable legal proposition.

¹² [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753.

erreur sur le point qui vient d'être discuté, sa conclusion pouvait être justifiée en vertu d'autres motifs. Premièrement, a-t-il dit, la demande de l'intimée a un caractère sérieux parce que celle-ci pourrait être en mesure d'établir lors du procès que le gouverneur en conseil a agi de mauvaise foi en adoptant le décret en conseil pour des fins autres que celles précisées à l'article 3. Cette prétention, à mon avis, n'est pas fondée. Je ne vois pas comment, dans une espèce comme celle-ci où le décret en conseil fait expressément état des fins pour lesquelles il a été édicté, l'on pourrait prouver qu'il a été pris pour une fin autre que celle mentionnée. À mon avis, la preuve soumise [TRADUCTION] «ne réussit pas à établir que le demandeur a véritablement une chance d'avoir gain de cause» sur cette question.

Cet avocat a également soutenu que, en tenant pour acquis que la mauvaise foi du gouverneur en conseil lui-même ne pourrait être prouvée, il existe néanmoins une possibilité réelle d'établir, lors du procès, que le gouverneur en conseil a pris sa décision en suivant les conseils de fonctionnaires ou de responsables qui recherchaient des fins autres que celles autorisées par l'article 3 de la Loi. Les intentions de ces personnes, selon cet avocat, doivent être attribuées au gouverneur en conseil. À l'appui de cette dernière proposition, il a cité le passage suivant des motifs de jugement prononcés par le juge Estey dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*:¹²:

Il faut, dans l'évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué. On ne peut priver l'Exécutif de son droit d'avoir recours à son personnel, aux fonctionnaires du ministère concerné, et surtout aux commentaires et aux avis des ministres membres du conseil, responsables, à ce titre, des questions d'intérêt public soulevées par la requête, que ces questions soient de nature économique, politique, commerciale ou autre.

Je dois dire que rien dans ce passage ne me semble étayer le point de vue de l'avocat de l'intimée que les opinions entretenues et les objectifs visés par certains ministres particuliers ou leur personnel devraient ou pourraient être attribués au gouverneur en conseil. Ce dernier argument de l'avocat de l'intimée procède, à mon avis, d'une proposition juridique insoutenable.

¹² [1980] 2 R.C.S. 735, à la p. 753.

I would, therefore, allow the appeal, set aside the order made by Mr. Justice Muldoon and dismiss the respondent's motion for an interlocutory injunction, the whole with costs in this Court as well as in first instance.

Before parting with this matter, I must mention that at the outset of the hearing of the appeal, the respondent asked the Court to receive new evidence in the appeal. The Court then reserved its decision on that motion. It should be dismissed. The new evidence in question is a study prepared by the Coopers and Lybrand consulting group at the request of the federal Government after Mr. Justice Muldoon had pronounced the injunction. This study merely confirms the evidence already put forward by the respondent in support of the application for an injunction showing that the Governor in Council had acted on the basis of incorrect information. The inclusion of that new evidence in the record could not serve any useful purpose.

HEALD J.: I agree.

MAHONEY J.: I agree.

En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance rendue par M. le juge Muldoon et je rejetterais la requête en injonction interlocutoire de l'intimée, le tout avec dépens devant cette Cour et devant la Division de première instance.

Avant d'en terminer avec la présente question, je dois mentionner que l'intimée, au début de l'audition de cet appel, a demandé à la Cour de recevoir de nouveaux éléments de preuve dans le cadre de l'appel. La Cour a alors réservé sa décision sur cette requête. Elle devrait être rejetée. Le nouvel élément de preuve visé est une étude préparée par la firme conseil Coopers and Lybrand à la demande du gouvernement fédéral après le prononcé de l'injonction par M. le juge Muldoon. Cette étude ne fait que confirmer les éléments de preuve déjà soumis par l'intimée à l'appui de la requête en injonction pour établir que le gouverneur en conseil a agi en se fondant sur des informations trompeuses. L'admission de ce nouvel élément de preuve au dossier ne pourrait servir aucune fin utile.

LE JUGE HEALD: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.