

A-505-02  
2003 FCA 199

A-505-02  
2003 CAF 199

**The Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*Respondent*)

**Georgian College of Applied Arts and Technology**  
(*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. GEORGIAN COLLEGE OF APPLIED ARTS AND TECHNOLOGY (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Noël and Sexton J.J.A.—  
Toronto, April 7; Ottawa, May 2, 2003.

Cour d'appel, juges Stone, Noël et Sexton, J.C.A.—  
Toronto, 7 avril; Ottawa, 2 mai 2003.

*Foreign Trade—Canadian International Trade Tribunal—CITT refusing to award Crown, as represented by HRDC, costs though successful in resisting procurement complaint—Case concerned method of selecting service providers for employment assistance programs—CITT dismissing complaint in entirety for want of jurisdiction—Costs refusal justified as complainant acted in good faith, HRDC counsel salaried—Attorney General's research showing CITT always denying Crown costs where complaints dismissed, awarding complainants costs if successful—Consideration of appropriate standard of review—At issue: not particular exercise of discretion to deny costs but Tribunal's practice of denying Crown costs whenever successful—Reasonableness appropriate standard as Tribunal's expertise possibly extending to awarding costs—Awarding costs is within discretion of court, tribunal—But must be exercised judicially—No justification for costs denial herein—Absence of statutory authority—Irrelevant that HRDC counsel on salary—Tribunal's argument as "bid challenge authority" having duty to ensure Canadian compliance with NAFTA obligations, encourage complainants to come forward, rejected—One thing to provide dispute resolution forum, another to encourage litigation—No statutory authority for CITT to undertake pro-active role in encouraging complaints.*

*Commerce extérieur—Tribunal canadien du commerce extérieur—Refus du TCCE d'accorder les frais à l'État, représenté par DRHC, bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public—L'affaire portait sur la méthode de sélection de fournisseurs de services pour des programmes d'aide à l'emploi—Le TCCE a rejeté la plainte en entier au motif de l'absence de compétence—Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi, que les avocats de DRHC étaient salariés—Une recherche du procureur général montre que le TCCE refuse toujours les frais à l'État lorsque les plaintes sont rejetées, alors qu'il accorde les frais aux plaignants lorsqu'ils ont gain de cause—Examen de la norme de contrôle appropriée—La question en litige ne concerne pas l'exercice dans un cas particulier du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder les frais, mais la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l'État même s'il a gain de cause—La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l'expertise du Tribunal s'étend vraisemblablement à l'attribution des frais—L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal—Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement—Aucune justification du refus des frais en l'espèce—Absence d'autorisation de cette pratique dans la loi—Le fait que DRHC ait été représenté par des avocats salariés n'est pas une considération pertinente—L'argument du Tribunal voulant qu'il ait le devoir, à titre d'«organe compétent à l'égard des contestations ayant trait aux marchés publics», de veiller au respect par le Canada de ses obligations découlant de l'ALÉNA, et donc le pouvoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes est rejeté—Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges—Aucune disposition dans la Loi autorisant le TCCE à jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.*

*Practice—Costs—Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs though successful in resisting NAFTA procurement complaint—Denial justified as*

*Pratique—Frais et dépens—Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) a refusé les frais à l'État bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un*

*complainant acted in good faith, government lawyer salaried — CITT invariably denying Crown costs when successful — CITT having statutory authority to award costs to either side — Decision reviewed on reasonableness standard as CITT's expertise perhaps extending to awarding costs — Costs awarded as indemnity, not imposed as punishment — Award of costs is in discretion of courts, tribunals — But must be exercised judicially — Exercised against successful party only for reason connected with case — Wrong to hold Crown "unusual" litigant, able to pay own costs — Time when "rule of dignity" dictated Crown neither demand, pay costs long gone — Denial of costs herein not justified — Irrelevant that government lawyer salaried — While policy of denying Crown costs would encourage complainants to come forward, no statutory authority for CITT to adopt pro-active role of encouraging litigation.*

*Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Canadian International Trade Tribunal (CITT) denying Crown costs though successfully resisting procurement complaint — Determining appropriate standard of review — In pragmatic, functional approach, four contextual factors considered: whether privative clause or statutory appeal; tribunal's expertise relative to court's; purpose of statutory provision; whether question of law, fact, mixed law, fact — Here neither privative clause nor statutory appeal — CITT having expertise adjudicating procurement complaints — Having statutory authority to award costs — Real question herein: not simple exercise of Tribunal's discretion but practice of invariably denying Crown costs despite success — Question of law attracting lower deference level — Court's decision herein going to jurisdiction, important as precedent — Reasonableness appropriate standard as Tribunal's expertise perhaps extending to awarding costs — Reasonableness standard requires court to stay close to tribunal's reasons to see whether support decision — Should be unnecessary to look outside Tribunal's reasons — Costs award by court, tribunal is discretionary but facts of litigation, outcome must be considered — Discretion must be exercised judicially — Upon application of standard, costs denial herein unjustified — Tribunal fettered discretion by adhering to practice of denying Crown costs — Decision set aside, case referred back for proper exercise of discretion.*

*marché public dans le cadre de l'ALÉNA — Le refus des frais a été justifié par le fait que le plaignant avait agi de bonne foi, que les avocats du gouvernement sont salariés — Le TCCE refuse toujours les frais à l'État lorsqu'il a gain de cause — Le TCCE a le pouvoir légal d'accorder les frais à l'une ou l'autre partie — La décision est examinée en fonction de la norme de la décision raisonnable du fait que l'expertise du TCCE s'étend peut-être à l'attribution des frais — Les frais sont accordés à titre d'indemnisation, non imposés à titre de peine — L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire des cours et des tribunaux — Mais ce pouvoir doit être exercé judiciairement — Ce pouvoir ne peut être exercé pour refuser les frais à la partie qui a gain de cause que pour un motif relié à l'affaire — C'est à tort qu'on juge que l'État est un plaideur «inhabituel», capable de supporter ses propres frais — L'époque où la «dignité» empêchait l'État de demander ou de payer des dépens est révolue — Le refus des frais n'est aucunement justifié en l'espèce — Le fait que les avocats de l'État soient salariés n'est pas pertinent — Le refus des frais à l'État encouragerait les intéressés à déposer des plaintes, mais aucune disposition de la Loi n'autorise le TCCE à adopter un rôle proactif en encourageant les litiges.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Le Tribunal canadien du commerce extérieur (TCCE) refuse les frais à l'État bien qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte relative à un marché public — Détermination de la norme de contrôle appropriée — Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels: la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la disposition législative; la nature de la question (de droit, de fait ou mixte de fait et de droit) — En l'espèce, il n'y a pas de clause privative, ni de droit d'appel prévu par la Loi — Le TCCE possède une expertise à l'égard des décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics — Il a le pouvoir légal de rendre des décisions sur les frais — La véritable question en litige ne porte pas sur le simple exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, mais sur la pratique du Tribunal consistant à refuser systématiquement les frais à l'État même s'il a gain de cause — C'est là une pure question de droit, ce qui appelle un degré de retenue moindre — La décision de la Cour doit prendre en compte la dimension de la décision touchant la compétence ainsi que sa valeur de précédent — La norme de la décision raisonnable est appropriée, du fait que l'expertise du Tribunal s'étend peut-être à l'attribution des frais — La norme de la décision raisonnable exige que la cour reste près des motifs donnés par le tribunal et examine si ces motifs étayent la décision — Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l'examen au-delà des motifs du Tribunal — L'attribution des frais relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal, mais il faut prendre en considération les faits reliés au litige, l'issue du litige — Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement — Au regard de la norme, le refus des frais en l'espèce n'est pas justifié — Le*

This was an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (CITT) not to award costs in applicant's favour although successful in overcoming a procurement complaint made by the College. The Attorney General argued that, in refusing an award of costs, the CITT fettered its discretion by taking into account irrelevant considerations while ignoring considerations that were relevant.

Georgian College filed a complaint with CITT that the method employed by Human Resources Development Canada (HRDC) of selecting service providers for certain *Employment Insurance Act* employment assistance programs violated the North American Free Trade Agreement (NAFTA) as well as the *Agreement on Internal Trade* (AIT).

HRDC took the position that CITT lacked jurisdiction, the selection process at issue not being a procurement within the meaning of the agreements. The CITT dismissed the complaint for want of jurisdiction but failed to address the matter of costs even though HRDC had asked for them. HRDC then wrote to the Tribunal requesting that it consider the matter but the costs request was denied.

The Tribunal defended its refusal to award costs on the basis that the College had acted in good faith and that HRDC counsel are on salary. The Tribunal's policy is to award reasonable costs where complainant is successful but not to require an unsuccessful complainant to pay costs unless warranted by such conduct as: launching a frivolous or vexatious complaint, not being candid and forthright during the investigation or being guilty of conduct amounting to abuse of process. The Tribunal found no reason herein to depart from its usual policy in the matter of costs. Research conducted by the Attorney General revealed that the Tribunal always awarded costs to successful complainants but invariably denied the government institution its costs where complaints were dismissed in their entirety. Whenever success was divided, the CITT in every case awarded complainant its costs.

*Held*, the application should be allowed.

The appropriate standard of review was the pragmatic and functional approach very recently reiterated by McLachlin C.J. in *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*. While Tribunal decisions are not protected by a

*Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant sa pratique de refuser les frais à l'État — La décision est annulée, l'affaire est renvoyée au Tribunal pour qu'il exerce correctement son pouvoir discrétionnaire.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le TCCE) de ne pas accorder les frais au demandeur malgré le fait qu'il ait réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public, qui avait été déposée par le College. Le procureur général a plaidé qu'en refusant de lui accorder les frais, le TCCE a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire du fait qu'il a tenu compte de considérations non pertinentes et négligé des considérations pertinentes.

Le Georgian College a déposé une plainte auprès du TCCE alléguant que la méthode de sélection des fournisseurs de services employée par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) pour certains programmes d'aide à l'emploi dans le cadre de la *Loi sur l'assurance-emploi* violait l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) et l'*Accord sur le commerce intérieur* (ACI).

DRHC a pris la position que le TCCE n'avait pas compétence, puisque le processus de sélection ne constituait pas un marché au sens des accords. Le TCCE a rejeté la plainte au motif qu'il n'avait pas compétence, mais il n'a pas traité de la question des frais malgré le fait que DRHC avait demandé les frais. DRHC a demandé à nouveau au Tribunal par lettre de traiter la question des frais et sa demande de frais a été rejetée.

Le Tribunal a justifié son refus d'accorder les frais en se fondant sur le fait que le College avait agi de bonne foi et que les avocats de DRHC sont salariés. Le Tribunal a comme politique d'accorder à la partie plaignante qui a gain de cause le remboursement de ses frais raisonnables, mais de ne pas exiger de la partie plaignante lorsqu'elle n'a pas gain de cause, qu'elle paie de frais à moins que cela ne soit justifié par une conduite comme le dépôt d'une plainte futile ou vexatoire, l'absence de franchise et de sincérité pendant l'enquête ou des agissements équivalant à un abus du processus. Le Tribunal n'a vu aucune raison dans la présente affaire de s'écarter de sa politique habituelle en matière de frais. Une recherche effectuée par le procureur général a révélé que le Tribunal accordait toujours les frais aux parties plaignantes qui ont eu gain de cause, mais refusait toujours les frais à l'institution fédérale lorsque les plaintes étaient entièrement rejetées. Dans tous les cas où les plaintes étaient accueillies en partie, le TCCE a accordé les frais à la partie plaignante.

*Arrêt*: la demande doit être accueillie.

La méthode appropriée pour déterminer la norme de contrôle est l'analyse pragmatique et fonctionnelle, réitérée très récemment par M<sup>me</sup> le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British*

privative clause, neither is there a statutory right of appeal. The CITT is a specialized body the expertise of which extends to the adjudication of procurement complaints. The Tribunal has, under *Canadian International Trade Tribunal Act*, section 30.16, power to award costs and to direct by whom and to whom they are to be paid. From the above, it would appear that a high degree of deference would be owed to this Tribunal and that the “patent unreasonableness” standard would, upon judicial review, be applicable. But, what was here at issue was the Tribunal’s practice of always denying the Crown its costs despite its success. Since whether such practice is authorized by the Act is a question of law, the Tribunal was entitled to a lower level of deference than if the case involved a simple exercise of discretion. Such reduced deference level was also appropriate in view of the jurisdictional nature of this decision and its precedential value. Even so, the decision should be reviewed on a standard of reasonableness, since the Tribunal’s expertise in procurement matters may perhaps extend to the awarding of costs. The Supreme Court of Canada has stated that in an application of the reasonableness standard, a reviewing court must “stay close to the reasons given by the tribunal” to see whether any of them adequately support the decision. It should be necessary to look beyond the reasons given by the CITT to determine whether they disclose a reasonable justification of the Tribunal’s practice which resulted in the denial of costs to the Crown herein.

Absent statutory or regulatory provision to the contrary, the awarding of costs—whether by courts or tribunals—is within the discretion of the adjudicator. The exercise of that discretion requires, however, a consideration of the facts giving rise to the litigation as well as the outcome of the dispute. As was said by Viscount Cave L.C. in the 1927 case *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, a court’s absolute, unfettered discretion in the matter of costs “like any other discretion, must of course be exercised judicially, and the judge ought not to exercise it against the successful party except for some reason connected with the case”. The reasons in *Pollack* were applied by this Court in *R. v. James Lorimer and Company Limited*, in which the Crown met with success but was denied costs, the Trial Division Judge not wishing to “punish” defendant or further its burden and also because the Crown was seen as an “unusual plaintiff” capable of paying its own costs. As noted by Mahoney J.A. in overturning that decision, the time was long gone when the “rule of dignity” dictated that the Crown neither asked for nor paid costs. None of the reasons given for denying the Crown its costs had anything to

*Columbia*. Les décisions du Tribunal ne sont pas protégées par une clause privative et il n’y a pas non plus de droit d’appel prévu par la loi. Le TCCE est un organisme spécialisé dont l’expertise s’étend aux décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics. Le Tribunal possède, en vertu de l’article 30.16 de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, le pouvoir d’accorder les frais, de déterminer dans quel cas ils doivent être payés et par quelle partie. Sur la base de ces facteurs, il semblerait qu’il faut faire preuve d’un degré élevé de retenue à l’égard du Tribunal et appliquer la norme du «caractère manifestement déraisonnable» à l’examen de sa décision. Mais la question en litige concerne la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il ait gain de cause. Puisque le point de savoir si la pratique suivie par le Tribunal de toujours refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il ait gain de cause est autorisée par la Loi constitue une question de droit, cela appelle un degré de retenue moindre que celui qui s’appliquerait au simple exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Ce degré moindre de retenue est également approprié compte tenu du fait que la décision portait sur la compétence et qu’elle avait valeur de précédent. La décision doit néanmoins être examinée selon la norme de la décision raisonnable, puisque l’expertise du Tribunal à l’égard des questions relatives aux marchés publics s’étend peut-être à l’attribution des frais. La Cour suprême du Canada a statué que, dans l’application de la norme de la décision raisonnable, la cour de révision doit «reste[r] près des motifs donnés par le tribunal» et examiner si l’un ou l’autre de ces motifs étaye convenablement sa décision. Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l’examen au-delà des motifs du TCCE pour déterminer s’ils révèlent une justification raisonnable de la pratique du Tribunal qui a conduit au refus des frais à l’État dans la présente affaire.

L’attribution des frais, à moins d’une loi ou d’un règlement prévoyant le contraire, relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire exige la prise en considération des faits donnant lieu au litige ainsi que de l’issue du litige. Comme l’a dit le vicomte Cave, lord juge en chef, dans l’arrêt de 1927 *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, le pouvoir discrétionnaire absolu de la cour d’accorder ou de refuser les frais, «comme tout autre pouvoir discrétionnaire doit être exercé d’une manière régulière. Le juge ne devra pas exercer ce pouvoir à l’encontre d’une partie qui a gain de cause sauf pour un motif directement lié à l’affaire en question». La Cour a appliqué les motifs de l’arrêt *Pollack* dans l’affaire *La Reine c. James Lorimer and Company Limited*, dans laquelle la Cour, bien qu’elle ait eu gain de cause, s’était vu refuser les frais, le juge de première instance ne voulant pas «punir» la défenderesse ou lui «ajouter un fardeau supplémentaire» et aussi parce qu’il voyait dans l’État un «demandeur inhabituel», capable de supporter ses propres frais. Ainsi que l’a fait observer le juge Mahoney en infirmant la décision de première instance, l’époque où la

do with the facts connected with or leading up to the case. The same could be said in the instant case. Certainly, section 30.16 does not authorize the CITT to adopt a practice of denying costs to the Crown regardless of its success. Indeed, the provision, on its face, contemplates an award of costs to either side.

Nor was it relevant that HRDC was represented by salaried lawyers. The Tribunal's reasons ignored the principle of indemnification and failed to recognize the fact that costs were incurred by the government department in resisting the complaint. Again, the reference in the Tribunal's reasons to its general experience in dealing with complaints, even to the extent that they can be read as addressing specifics of the present case, were not such as to justify a denial of costs to the Crown. That Georgian College had to navigate through complex legal issues and presented its case in a forthright manner, did not justify denial of costs to the successful party.

The Tribunal's final argument was that it had a duty to ensure Canadian compliance with NAFTA and authority to encourage complainants to come forward. Its costs policy was said to be consistent with that objective. While the Tribunal's costs policy would indeed encourage complainants to come forward, it was unable to point to any statutory authority for its taking on a pro-active role by encouraging complaints. Providing a forum for dispute resolution was one thing; encouraging disputes was quite another.

The Tribunal, in adhering to its practice in the case at bar, fettered its discretion and its decision had to be set aside and the matter referred back so that it could exercise its discretion on proper principle.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Internal Trade, Canada Gazette, Part I, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995).*  
*Canadian International Trade Tribunal Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47, s. 30.16 (as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44).*  
*Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.*  
*National Transportation Act, R.S.C. 1970, c. N-17.*  
*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.*

«dignité» empêchait l'État de demander ou de payer des dépens est révolue. Les raisons données pour refuser les dépens à l'État étaient totalement étrangères aux faits reliés à la contestation ou qui y avaient conduit. On pourrait en dire autant dans la présente affaire. Certainement, l'article 30.16 n'autorise pas le TCCE à suivre la pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause. Au contraire, cette disposition envisage manifestement la possibilité que les frais soient accordés à l'une ou l'autre des parties.

Le fait que DRHC ait été représenté par des avocats salariés ne constitue pas une considération pertinente. Les motifs du Tribunal ne prennent pas en considération le principe de l'indemnisation et ne reconnaissent pas le fait que le ministère a engagé des frais pour contester la plainte. Quant à la mention dans les motifs du Tribunal à son expérience générale en matière de traitement des plaintes, même si l'on suppose qu'il est possible d'interpréter ces paragraphes comme traitant des éléments particuliers de l'espèce, elle ne peut justifier de refuser les frais au demandeur. Le fait que le Georgian College ait dû naviguer dans des questions juridiques complexes ou qu'il ait présenté sa cause de manière franche ne justifie pas le refus des frais à la partie qui a gain de cause.

L'argument final du Tribunal était qu'il avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l'ALÉNA et qu'il avait donc le pouvoir d'encourager les intéressés à déposer des plaintes. Sa politique concernant les frais serait conforme à cet objectif. S'il est vrai que la politique du Tribunal en matière de frais encouragerait effectivement les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes. Il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges.

Le Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant cette pratique en l'espèce, sa décision doit être annulée et l'affaire doit être renvoyée au Tribunal pour qu'il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes appropriés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.*  
*Accord sur le commerce intérieur, Gazette du Canada, Partie I, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995).*  
*Loi nationale sur les transports, S.R.C. 1970, ch. N-17.*  
*Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.*  
*Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur, L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47, art. 30.16 (édité par L.C. 1993, ch. 44, art. 44).*

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003], S.C.R. 247 (2003), 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *Bell Canada v. Consumers' Association of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 190; (1986), 26 D.L.R. (4th) 573; 17 Admin. L.R. 205; 9 C.P.R. (3d) 145; 65 N.R. 1; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.); *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.); *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 49 (QL); *Flolite Industries (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 26 (QL); *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69 (C.A.); *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; 4 T.T.R. (2d) 179 (F.C.A.); *Telecom. Decision CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 F.C. 79; (1983), 147 D.L.R. (3d) 37; 34 C.P.C. 121; 72 C.P.R. (2d) 162; 48 N.R. 197 (C.A.); *Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610; [1930] 4 D.L.R. 273 (C.A.); *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186; 4 C.P.R. (4th) 129 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of a CITT decision denying an award of costs to the Crown although successful in a matter before it (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)). Application granted.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247 (2003), 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; *Bell Canada c. Assoc. des consommateurs du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 190; (1986), 26 D.L.R. (4th) 573; 17 Admin. L.R. 205; 9 C.P.R. (3d) 145; 65 N.R. 1; *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.); *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.); *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065; (1984), 77 C.P.R. (2d) 262; 180 N.R. 351 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 49 (QL); *Flolite Industries (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 26 (QL); *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282; (2000), 20 Admin. L.R. (3d) 159; 252 N.R. 364 (C.A.); *Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292; (2001), 202 D.L.R. (4th) 610; 36 Admin. L.R. (3d) 171; 274 N.R. 69 (C.A.); *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84; (2002), 208 D.L.R. (4th) 107; 37 Admin. L.R. (3d) 252; 18 Imm. L.R. (3d) 93; 280 N.R. 268; *Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100; (2001), 199 D.L.R. (4th) 598; 29 Admin. L.R. (3d) 56; 12 C.P.R. (4th) 417; 270 N.R. 153; *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et accise) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381; 4 T.T.R. (2d) 179 (C.A.F.); *Décision Telecom. CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 C.F. 79; (1983), 147 D.L.R. (3d) 37; 34 C.P.C. 121; 72 C.P.R. (2d) 162; 48 N.R. 197 (C.A.); *Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610; [1930] 4 D.L.R. 273 (C.A.); *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186; 4 C.P.R. (4th) 129 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633; (2002), 214 D.L.R. (4th) 478; 42 Admin. L.R. (3d) 1; 291 N.R. 139 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du TCCE refusant d'accorder les frais à l'État bien qu'il ait eu gain de cause dans une affaire jugée par le TCCE (*Georgian College of Applied Arts and Technology (Re)*, [2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)). Demande accueillie.

## APPEARANCES:

*Susanne G. Pereira* for applicant.  
*Kevin D. MacNeill* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Graham, Wilson and Green*, Barrie, Ontario for respondent.

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

[1] NOËL J.A.: This is an application for judicial review of a decision by the Canadian International Trade Tribunal (the Tribunal) [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)] not to award costs in favour of the applicant despite its success in overcoming the procurement complaint which had been brought by the respondent. The applicant maintains that in refusing to award costs in its favour, the Tribunal fettered its discretion by taking into account irrelevant considerations and by ignoring relevant considerations.

## THE FACTS

[2] On February 27, 2002, the respondent Georgian College of Applied Arts and Technology filed a complaint with the Tribunal alleging that Human Resources Development Canada's (HRDC) method of selecting service providers for certain employment assistance programs pursuant to the *Employment Insurance Act* [S.C. 1996, c. 23] violated the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) and the *Agreement on Internal Trade* [*Canada Gazette, Part I*, Vol. 129, No. 17 (29 April 1995)] (AIT).

[3] On March 6, 2002, the Tribunal informed the parties that the complaint had been accepted for inquiry. At the same time, the Tribunal issued an order

## ONT COMPARU:

*Susanne G. Pereira* pour le demandeur.  
*Kevin D. MacNeill* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Graham, Wilson and Green*, Barrie (Ontario) pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NOËL, J.C.A.: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal) [[2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)] de ne pas accorder les frais au demandeur malgré le fait qu'il a réussi à faire rejeter une plainte concernant un marché public, qui avait été déposée par le défendeur. Le demandeur plaide qu'en refusant de lui accorder les frais, le Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire du fait qu'il a tenu compte de considérations non pertinentes et négligé des considérations pertinentes.

## LES FAITS

[2] Le 27 février 2002, le défendeur, le Georgian College of Applied Arts and Technology, a déposé une plainte auprès du Tribunal alléguant que la méthode de sélection des fournisseurs de services employée par Développement des ressources humaines Canada (DRHC) pour certains programmes d'aide à l'emploi dans le cadre de la *Loi sur l'assurance-emploi* [L.C. 1996, ch. 23] violait l'Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALÉNA) et l'*Accord sur le commerce intérieur* [*Gazette du Canada, Partie I*, vol. 129, n° 17 (29 avril 1995)] (ACI).

[3] Le 6 mars 2002, le Tribunal a informé les parties qu'il avait décidé d'enquêter sur la plainte. Le même jour, le Tribunal a rendu une ordonnance de report

postponing the award of any contract in connection with the procurement pending its determination on the validity of the complaint.

[4] On April 2, 2002, HRDC filed a government institution report in response to the complaint in which HRDC submitted that the Tribunal was without jurisdiction to hear the complaint since the selection process was not a procurement within the meaning of NAFTA or AIT.

[5] By letters dated May 2, 2002 and May 13, 2002, the Tribunal requested that HRDC provide additional information. HRDC complied with these requests on May 7, 2002 and on May 15, 2002 respectively.

[6] On May 29, 2002, the Tribunal issued a determination in which it dismissed the complaint in its entirety. In its statement of reasons released on July 16, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 49 (QL)], the Tribunal indicated that it had rejected the complaint on the basis that it did not have jurisdiction. The Tribunal did not address the question of costs in either its initial determination or in its statement of reasons despite the fact that costs had been sought by HRDC.

[7] By letter dated July 17, 2002, HRDC again requested that the Tribunal address the issue of costs.

[8] On August 9, 2002 [[2002] C.I.T.T. No. 73 (QL)], the Tribunal denied HRDC's request for costs by way of an addendum which is the subject of this application.

#### THE DECISION UNDER REVIEW

[9] The Tribunal justified its refusal to award costs on the basis that Georgian College, although its claim had been dismissed, had acted in good faith in bringing the complaint and that counsel for HRDC receive salaries for their services. The Tribunal also expressed the view that little purpose would be served by awarding costs to HRDC while this would add to the burden faced by complainants when deciding whether to file a complaint. The precise reasoning of the Tribunal is as follows, at paragraphs 3-9:

d'adjudication de tout contrat relativement au marché public jusqu'à ce qu'il ait statué sur le bien-fondé de la plainte.

[4] Le 2 avril 2002, DRHC a déposé un rapport de l'institution fédérale en réponse à la plainte dans lequel il soutenait que le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de la plainte, puisque le processus de sélection ne constituait pas un marché au sens de l'ALÉNA ou de l'ACI.

[5] Par lettres datées du 2 mai 2002 et du 13 mai 2002, le Tribunal a demandé à DRHC de fournir des renseignements supplémentaires. DRHC a donné suite à ces demandes le 7 mai 2002 et le 15 mai 2002, respectivement.

[6] Le 29 mai 2002, le Tribunal a rendu une décision rejetant la plainte tout entière. Dans son exposé des motifs publié le 16 juillet 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 49 (QL)], le Tribunal a indiqué qu'il avait rejeté la plainte au motif qu'il n'avait pas compétence. Le Tribunal n'a pas traité de la question des frais ni dans sa décision initiale ni dans son exposé des motifs malgré le fait que DRHC avait demandé les frais.

[7] Par lettre datée du 17 juillet 2002, DRHC a demandé à nouveau au Tribunal de traiter la question des frais.

[8] Le 9 août 2002 [[2002] T.C.C.E. n° 73 (QL)], le Tribunal a rejeté la demande de frais de DRHC par la voie d'un addendum, qui fait l'objet de la présente demande.

#### LA DÉCISION EXAMINÉE

[9] Le Tribunal a justifié son refus d'accorder les frais en se fondant sur le fait que le Georgian College, bien que sa plainte ait été rejetée, avait agi de bonne foi en déposant sa plainte et que les avocats de DRHC sont salariés. Le Tribunal a également exprimé la position qu'il n'y aurait guère d'avantage à accorder les frais à DRHC, tandis que cela ajouterait au fardeau que doivent assumer les parties plaignantes lorsqu'elles décident de porter une plainte. Le raisonnement du Tribunal, aux paragraphes 3 à 9 est ainsi conçu:



Subsection 30.16(1) of the CITT Act provides that the Tribunal may award “costs of, and incidental to, any proceedings before it in relation to a complaint”. When a complainant is successful, the Tribunal usually awards the complainant its reasonable costs, in a manner consistent with the Tribunal’s *Procurement Cost Guidelines*.

At times, a complaint is so apparently without merit that the Tribunal does not even commence an investigation. At other times, a complaint demonstrates a reasonable indication of a breach at the initiation stage, but, upon further investigation, it becomes clear that the complaint lacks merit. Also, a complaint may be seemingly meritorious, but, for “technical” reasons, the Tribunal cannot conclude that there has been a breach of any of the relevant agreements, or there is simply insufficient evidence to satisfy it that an agreement has been breached.

In the Tribunal’s experience, most complaints have a degree of merit and are pursued by the complainants in a forthright and candid manner. Though complainants present their cases in the most favourable light possible, the Tribunal rarely sees them acting in a way that would indicate that the complaints are improper or abusive or that the complainants lack candour.

Complainants may range from very small to very large organizations. They devote time, money and resources in preparing a bid. When they feel aggrieved and decide to file a complaint, they devote more time, money and resources. It is not unusual for complainants to retain outside counsel to assist them navigate the world of procurement law and procedures. In addition to the costs and time that they have expended, they may have lost the opportunity to win a government contract.

On the one hand, HRDC was represented by salaried counsel from the Department of Justice whose responsibilities included representing HRDC’s interests in this matter. On the other, the complainant often faces a difficult decision with regard to filing a complaint but must also incur additional costs in pursuing its complaint.

Generally speaking, little purpose would be served by awarding costs to HRDC and thereby adding to the burden that a complainant already bears, except in those cases where a complainant’s conduct demands it. This may arise, for example, where it becomes clear that a complaint was frivolous or vexatious, where a complainant was not candid and forthright before or during the investigation or where a complainant acted in a way that amounts to an abuse of process. This is not an exhaustive list of the circumstances in which the Tribunal may award complaint costs to a

Le paragraphe 30.16(1) de la Loi sur le TCCE prévoit que le Tribunal peut accorder «[l]es frais relatifs à l’enquête». Lorsque la plainte est fondée, le Tribunal accorde d’habitude à la partie plaignante le remboursement de ses frais raisonnables, conformément aux *Lignes directrices sur les frais dans une procédure portant sur un marché public* du Tribunal.

Parfois, une plainte est si manifestement sans fondement que le Tribunal n’ouvre même pas d’enquête. En d’autres temps, une plainte fait preuve, de façon raisonnable, d’une violation au stade d’ouverture, mais, à la suite d’une enquête plus poussée, il est évident que la plainte est sans fondement. De plus, une plainte peut sembler être fondée, mais, pour des raisons «techniques», le Tribunal ne peut pas conclure qu’il y a eu une violation de l’un ou l’autre des accords pertinents, ou, tout simplement, il n’y a pas assez d’éléments de preuve pour le convaincre qu’un accord a été violé.

De l’expérience du Tribunal, la plupart des plaintes sont fondées à un certain niveau et sont présentées par les parties plaignantes de façon sincère et franche. Bien que les parties plaignantes présentent leurs causes en prenant la meilleure position possible, il est rare que le Tribunal constate qu’elles agissent de façon à indiquer que les plaintes sont inopportunes ou injurieuses ou que les parties plaignantes sont malhonnêtes.

Les parties plaignantes peuvent être de très petits ou de très grands organismes. Elles consacrent du temps, de l’argent et des ressources afin de préparer une soumission. Lorsqu’elles se sentent lésées et décident de déposer une plainte, elles consacrent plus de temps, plus d’argent et plus de ressources. Souvent, les parties plaignantes engagent des conseillers externes pour les aider à naviguer dans le monde des lois et des procédures relatives aux marchés publics. En plus des frais et du temps consacrés, il est possible qu’elles ont perdu l’occasion de remporter un contrat gouvernemental.

D’un côté, DRHC a été représenté par des conseillers salariés du ministère de la Justice qui devaient représenter les intérêts de DRHC en l’espèce. D’un autre côté, la partie plaignante souvent fait face à la décision difficile concernant le dépôt d’une plainte en plus de devoir déboursier des frais additionnels pour poursuivre sa plainte.

En général, il n’y a pas d’avantage à accorder des frais à DRHC et, par conséquent, à ajouter au fardeau de la partie plaignante, sauf dans les cas où la conduite d’une partie plaignante l’exige. Par exemple, ceci pourrait être le cas s’il est clair qu’une plainte était futile ou vexatoire, si une partie plaignante n’était pas franche et sincère avant ou pendant l’enquête ou si une partie plaignante agissait de façon à abuser le processus. Cette liste de circonstances dans lesquelles le Tribunal peut accorder des frais liés à la plainte à un ministère gouvernemental n’est pas exhaustive, mais elle indique le

government department, but it does indicate the type of conduct that would generally warrant the award of costs.

In the present case, Georgian College presented its case in a forthright and professional manner. While Georgian College was ultimately unsuccessful, in the Tribunal's opinion, it acted in good faith. The Tribunal sees no reasons why, in the circumstances of this case, costs should be awarded to HRDC. Consequently, HRDC's request for costs is denied.

[10] It was pointed out during the hearing that the above-quoted reasons are virtually identical to those given by the Tribunal in an earlier decision (*Flolite Industries (Re)*, [1998] C.I.T.T. No. 26 (QL) file No. PR-97-045, May 8, 1998). As here, the government institution concerned had been successful in resisting a complaint and, upon noting that its request for costs had gone unaddressed in the Tribunal's reasons, had made a further request that costs be addressed. This resulted in the issuance of an addendum bearing the same language as the addendum issued in this case.

[11] In the same vein, a review of the decisions reached by the Tribunal conducted by the applicant for the period of April 1, 1999 to December 2, 2002 reveals that amongst the 50 cases where complaints were dismissed in their entirety during that period, the Tribunal refused to award costs in favour of the government institution concerned in every case. Conversely, among the 37 cases where complaints were upheld, the Tribunal awarded costs to the complainant in every case. In the 19 cases where success was divided, the Tribunal awarded costs in favour of the complainant.

[12] While the respondent did allege that the period underlying this review was arbitrarily chosen, it has placed no material before the Court which would suggest that a different pattern can be established by reference to another period. Nor has it challenged the accuracy of the reported figures with respect to the period surveyed.

[13] Against this background, it is apparent that the Tribunal has over the years adhered to a practice of awarding costs to successful complainants while denying costs to the Crown although successful in resisting

genre de conduite qui, généralement, mérite l'attribution de frais.

Dans l'espèce, Georgian College a présenté sa cause de façon sincère et professionnelle. Bien que la plainte de Georgian College n'était pas fondée, de l'avis du Tribunal, il a agi de bonne foi. Le Tribunal ne voit aucune raison pourquoi, selon les circonstances de cette cause, il devrait accorder des frais à DRHC. Par conséquent, la requête de DRHC est refusée.

[10] On a signalé à l'audience que les motifs cités ci-dessus sont presque identiques aux motifs d'une décision antérieure du Tribunal (*Flolite Industries (Re)*, [1998] T.C.C.E. n° 26 (QL) dossier n° PR-97-045, 8 mai 1998). Comme dans la présente affaire, l'institution fédérale intéressée avait obtenu le rejet d'une plainte et, relevant que le Tribunal avait omis d'aborder dans ses motifs la demande des frais qu'elle avait faite, avait présenté une nouvelle demande au Tribunal pour qu'il traite la question des frais. Il en est résulté la publication d'un addendum formulé dans les mêmes termes que l'addendum prononcé dans la présente affaire.

[11] Dans le même sens, un examen des décisions rendues par le Tribunal au cours de la période allant du 1<sup>er</sup> avril 1999 au 2 décembre 2002, effectué par le demandeur, révèle que, dans les 50 affaires où les plaintes ont été entièrement rejetées, le Tribunal a refusé, dans chaque cas, d'attribuer les frais à l'institution fédérale intéressée. Inversement, dans les 37 affaires où les plaintes ont été accueillies, le Tribunal a attribué les frais à la partie plaignante dans chaque cas. Dans les 19 cas où la plainte a été accueillie en partie, le Tribunal a accordé les frais à la partie plaignante.

[12] Le défendeur a allégué que la période faisant l'objet de cet examen avait été choisie de façon arbitraire, mais sans présenter à la Cour d'éléments indiquant qu'une tendance différente se dégagerait si l'on choisissait une autre période. Le défendeur n'a pas non plus contesté l'exactitude des chiffres indiqués pour la période examinée.

[13] Dans ce contexte, il est évident que le Tribunal a suivi au cours des ans une pratique consistant à accorder les frais aux parties plaignantes qui ont gain de cause, en refusant les frais à l'État bien qu'il obtienne le rejet des

complaints; and awarding the Crown its costs only where it can be shown that the complaint was frivolous, vexatious or where some reprehensible conduct can be attributed to the complainant. It is also clear from the reasons that the Tribunal adhered to this practice in denying costs in this instance.

## ANALYSIS

### Standard of Review

[14] The appropriate approach to determining the standard of review was reiterated by the Supreme Court in the recent decision of *Dr. Q. v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226. At paragraph 26, McLachlin C.J. described the pragmatic and functional approach as follows:

In the pragmatic and functional approach, the standard of review is determined by considering four contextual factors—the presence or absence of a privative clause or statutory right of appeal; the expertise of the tribunal relative to that of the reviewing court on the issue in question; the purposes of the legislation and the provision in particular; and, the nature of the question—law, fact, or mixed law and fact. The factors may overlap. The overall aim is to discern legislative intent, keeping in mind the constitutional role of the courts in maintaining the rule of law.

[15] Applying this approach to the present case, I note that the procurement complaint determinations made by the Tribunal are not protected by a privative clause. However, neither is there a statutory right of appeal. The Tribunal is clearly a specialized body (e.g. see *Stelco Inc. v. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 F.C. 282 (C.A.), at paragraph 18) and I am willing to accept that its expertise extends to the adjudication of procurement complaints (*Siemens Westinghouse Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [2002] 1 F.C. 292 (C.A.)).

[16] Section 30.16 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 44] of the *Canadian International Trade Tribunal Act* [R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 47] (the Act) is the statutory authority under which the decision in issue was rendered. It provides:

plaintes, et à n'accorder les frais à l'État que lorsqu'il est établi que la plainte était frivole, vexatoire ou que quelque conduite répréhensible peut être attribuée à la partie plaignante. Il ressort clairement des motifs que le Tribunal a suivi cette pratique en refusant les frais en l'espèce.

## ANALYSE

### Norme de contrôle

[14] La méthode appropriée pour déterminer la norme de contrôle a été réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt récent *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226. Au paragraphe 26, M<sup>me</sup> le juge en chef McLachlin a décrit l'analyse pragmatique et fonctionnelle en ces termes:

Selon l'analyse pragmatique et fonctionnelle, la norme de contrôle est déterminée en fonction de quatre facteurs contextuels—la présence ou l'absence dans la loi d'une clause privative ou d'un droit d'appel; l'expertise du tribunal relativement à celle de la cour de révision sur la question en litige; l'objet de la loi et de la disposition particulière; la nature de la question—de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Les facteurs peuvent se chevaucher. L'objectif global est de cerner l'intention du législateur, sans perdre de vue le rôle constitutionnel des tribunaux judiciaires dans le maintien de la légalité.

[15] En appliquant cette analyse à la présente affaire, je note que les décisions du Tribunal sur les plaintes concernant un marché public ne sont pas protégées par une clause privative. Toutefois, il n'y a pas non plus de droit d'appel prévu par la loi. Le Tribunal est clairement un organisme spécialisé (voir, p. ex., *Stelco Inc. c. British Steel Canada Inc.*, [2000] 3 C.F. 282 (C.A.), au paragraphe 18) et je suis disposé à accepter que son expertise s'étend aux décisions portant sur les plaintes relatives à des marchés publics (*Siemens Westinghouse Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, [2002] 1 C.F. 292 (C.A.)).

[16] L'article 30.16 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 44] de la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur* [L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 47] (la Loi) est la disposition législative habilitant le Tribunal à rendre la décision en cause. Cet article est ainsi conçu:

**30.16.** (1) Subject to the regulations, the Tribunal may award costs of, and incidental to, any proceeding before it in relation to a complaint on a final or interim basis and the costs may be fixed at a sum certain or may be taxed.

(2) Subject to the regulations, the Tribunal may direct by whom and to whom any costs are to be paid and by whom they are to be taxed and allowed.

[17] The purpose of this provision is to grant the Tribunal the power to make determinations as to costs in procurement complaint proceedings. It gives the Tribunal the power to award costs, determine when, and by whom they should be payable. Because such costs awards are made in the context of proceedings which are within the Tribunal's specialized jurisdiction, its expertise arguably extends to the framing of these awards.

[18] The first three factors identified by McLachlin C.J. in *Dr. Q.* would therefore tend to indicate that a relatively high degree of deference would be owed to the Tribunal in reviewing its decision.

[19] The fourth factor—i.e. the nature of the question—is of particular significance in the present case. The Tribunal's determination, to the extent that it results from the simple exercise of the Tribunal's statutorily conferred discretion and considering the other factors noted above, would suggest the application of a standard of "patent unreasonableness". This was the standard proposed by the parties at the hearing.

[20] However, the decision in this case does not involve the simple exercise of the Tribunal's discretion to award costs. What is in issue here is the Tribunal's practice of denying costs to the Crown despite its success, while awarding costs to complainants in the same circumstances. It seems clear when regard is had to the record before us and to the generic wording of the reasons given by the Tribunal that this judicial review is directed not so much against the decision denying costs, as against the practice which the Tribunal adhered to in denying such costs.

**30.16.** (1) Les frais relatifs à l'enquête—même provisionnels—sont, sous réserve des règlements, laissés à l'appréciation du Tribunal et peuvent être fixés ou taxés.

(2) Le Tribunal peut, sous réserve des règlements, désigner les créanciers et les débiteurs des frais, ainsi que les responsables de leur taxation ou autorisation.

[17] Cette disposition a pour objet d'accorder au Tribunal le pouvoir de rendre des décisions sur les frais dans les procédures concernant une plainte relative à un marché public. Elle confère au Tribunal le pouvoir d'accorder les frais, de déterminer dans quel cas ils doivent être payés et par quelle partie. Étant donné que ces décisions d'attribution des frais sont rendues dans le cadre de procédures qui relèvent de la compétence spécialisée du Tribunal, on peut soutenir que l'expertise du Tribunal s'étend à la formulation de ces décisions.

[18] Les trois premiers facteurs énumérés par le juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Dr. Q.* tendraient donc à indiquer qu'il faut faire preuve d'un degré relativement élevé de retenue à l'égard du Tribunal dans l'examen de sa décision.

[19] Le quatrième facteur, soit la nature de la question, revêt une importance particulière en l'espèce. La décision du Tribunal, dans la mesure où elle résulte du simple exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal par la loi, et compte tenu des autres facteurs indiqués ci-dessus, donnerait à penser qu'il faut appliquer la norme du «caractère manifestement déraisonnable». C'est la norme que les parties ont proposée à l'audience.

[20] Toutefois, la décision en l'espèce ne se réduit pas au simple exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal d'accorder les frais. La question en litige concerne la pratique du Tribunal consistant à refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il a gain de cause, alors qu'il accorde les frais aux parties plaignantes lorsqu'elles ont gain de cause. Il semble clair lorsqu'on tient compte du dossier devant la Cour et de la formulation générale des motifs prononcés par le Tribunal que la présente demande de contrôle judiciaire vise non pas tant la décision refusant les frais que la pratique suivie par le Tribunal pour refuser ces frais.

[21] Keeping this in mind, the real question to be decided in this case is whether the practice adhered to by the Tribunal over the years, which resulted in the denial of costs in this instance, is authorized by the Act. This is a pure question of law, which indicates a lower level of deference than that which would apply to the simple exercise of discretion. Consideration must also be given to the jurisdictional nature of this decision (*Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraph 24, *per* Iacobucci J.) as well as to its obvious precedential value (*Dr. Q.*, *supra*, at paragraph 34, *per* McLachlin C.J.). Both of these factors emphasize the appropriateness of a less deferential standard.

[22] The nature of the question, properly understood, suggests that this Court may be in as good a position as the Tribunal to decide the issue in this case. However, I believe that the decision should nevertheless be reviewed on a standard of reasonableness, recognizing as I must that the Tribunal's expertise in procurement matters possibly extends to the awarding of costs (*Canada (Deputy Minister of National Revenue) v. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 S.C.R. 100, at paragraphs 32-33; *Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise) v. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (F.C.A.), at paragraphs 4-5).

[23] The reasonableness standard requires a determination as to whether there are reasons capable of supporting the decision. The Supreme Court recently explained that this approach should focus on the reasons provided by the decision maker. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, Iacobucci J. stated (paragraph 49):

... the reasonableness standard requires a reviewing court to stay close to the reasons given by the tribunal and "look to see" whether any of those reasons adequately support the decision. Curial deference involves respectful attention, though not submission to, those reasons.

[24] Accordingly, it is incumbent upon this Court to focus on the above-quoted reasons of the Tribunal to

[21] Compte tenu de cet élément, la véritable question à trancher en l'espèce est de savoir si la pratique suivie par le Tribunal au cours des ans, qui a conduit au refus des frais dans la présente affaire, est autorisée par la Loi. C'est là une pure question de droit, ce qui appelle un degré de retenue moindre que celui qui s'appliquerait au simple exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Il faut également prendre en compte la dimension de la décision touchant la compétence (*Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, au paragraphe 24, le juge Iacobucci) ainsi que sa valeur évidente de précédent (*Dr Q.*, précité, au paragraphe 34, le juge en chef McLachlin). Ces deux facteurs militent en faveur d'une norme faisant appel à un degré moindre de retenue.

[22] La nature de la question, correctement comprise, invite à penser que la Cour pourrait être aussi bien placée que le Tribunal pour trancher la question en litige en l'espèce. Toutefois, je crois que la décision doit néanmoins être examinée selon la norme de la décision raisonnable, en reconnaissant, comme il le faut, que l'expertise du Tribunal à l'égard des questions relatives aux marchés publics s'étend vraisemblablement à l'attribution des frais (*Canada (Sous-ministre du Revenu national) c. Mattel Canada Inc.*, [2001] 2 R.C.S. 100, aux paragraphes 32 et 33; *Canada (Sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise) c. Schrader Automotive Inc.* (1999), 240 N.R. 381 (C.A.F.), aux paragraphes 4 et 5).

[23] La norme de la décision raisonnable suppose que l'on décide s'il y a des raisons pouvant justifier la décision. La Cour suprême a expliqué récemment que cette analyse doit se concentrer sur les motifs fournis par l'auteur de la décision. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, le juge Iacobucci a indiqué (au paragraphe 49):

[. . .] la norme de la décision raisonnable exige que la cour siégeant en contrôle judiciaire reste près des motifs donnés par le tribunal et «se demande» si l'un ou l'autre de ces motifs étaye convenablement la décision. La déférence judiciaire demande non pas la soumission mais une attention respectueuse à ces motifs.

[24] La Cour doit donc se concentrer sur les motifs du Tribunal cités ci-dessus pour déterminer s'ils indiquent

determine whether they disclose a reasonable justification for the practice which resulted in the denial of costs in this instance. It should not be necessary to look beyond the Tribunal's reasons in this respect, particularly since it can be assumed that the Tribunal provided its full answer to the respondent's repeated requests for costs in this and in other cases dating back to 1998.

#### Application of the Standard

[25] In *Bell Canada v. Consumers' Association of Canada*, [1986] 1 S.C.R. 190, it was held (at page 207) that in the absence of words to the contrary, "costs" in section 73 of the *National Transportation Act* [R.S.C. 1970, c. N-17] carries the same general connotation as legal costs, that is being for the purpose of indemnification or compensation. In the course of his reasons, Le Dain J. writing for a unanimous Court quoted (at page 202) the following passage from Middleton J.A. in *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.) [as page 216]:

The fundamental principle is thus clearly stated by Baron Bramwell in the case of *Harold v. Smith* (1960), 5 H. & N. 381, 385: "Costs as between party and party are given by the law as an indemnity to the person entitled to them: they are not imposed as punishment on the party who pays them, nor given as a bonus to the party who receives them. Therefore, if the extent of the damnification can be found out, the extent to which costs ought to be allowed is also ascertained."

[26] An award of costs, whether made in a judicial proceeding or in a proceeding before a regulatory or other Tribunal and apart from some statute or regulation providing for the contrary, is in the discretion of the Court or the Tribunal (*Telecom. Decision CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 F.C. 79 (C.A.), at page 84, *per* Urie J.A.). Section 30.16 expressly provides the Tribunal with this discretion, and is to that extent confirmative of the case law.

[27] In the absence of some indication to the contrary, the exercise of this discretion requires consideration of the facts connected with or leading up to the litigation with respect to which the award is made, including the

une justification raisonnable de la pratique ayant conduit au refus des frais dans la présente affaire. Il ne devrait pas être nécessaire de pousser l'examen au-delà des motifs du Tribunal à cet égard, d'autant que l'on peut supposer que le Tribunal a donné sa réponse complète aux demandes répétées de frais présentées par le défendeur dans la présente affaire et dans d'autres affaires remontant à 1998.

#### Application de la norme

[25] Dans l'arrêt *Bell Canada c. Assoc. des consommateurs du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 190, il a été statué (à la page 207) qu'en l'absence d'indication contraire, le terme «frais» à l'article 73 de la *Loi nationale sur les transports* [S.R.C. 1970, ch. N-17] doit avoir la même connotation générale que les frais de justice, c'est-à-dire visant à indemniser ou à dédommager. Dans ses motifs, où il s'exprime au nom de la Cour unanime, le juge Le Dain a cité (à la page 202) l'extrait suivant des motifs du juge Middleton dans l'arrêt *Ryan v. McGregor* (1925), 58 O.L.R. 213 (C.A.) [à la page 216]:

[TRADUCTION] Le principe fondamental est donc clairement établi par le baron Bramwell dans l'arrêt *Harold v. Smith* (1860), 5 H. & N. 381, p. 385: «Les frais entre les parties sont accordés par la loi à titre d'indemnisation à la personne qui y a droit: ils ne sont pas imposés à titre de peine à la partie qui les paie, ni donnés comme gratification à la partie qui les reçoit. Par conséquent, si l'on peut établir l'étendue du dommage, l'étendue des frais qui doivent être accordés est également établie.»

[26] L'attribution des frais, qu'elle intervienne dans une procédure judiciaire ou dans une procédure devant un organisme de réglementation ou un autre tribunal administratif et à moins d'une loi ou d'un règlement prévoyant le contraire, relève du pouvoir discrétionnaire de la cour ou du tribunal (*Décision Telecom. CRTC 81-5 (Re)*, [1984] 1 C.F. 79 (C.A.), à la page 84, le juge Urie). L'article 30.16 confère expressément ce pouvoir discrétionnaire au Tribunal et vient donc, à cet égard, confirmer la jurisprudence.

[27] Sauf indication contraire, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire exige la prise en considération des faits reliés au litige à l'égard duquel la décision est prise ou qui y ont conduit, notamment de l'issue du litige

outcome of the dispute (*Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610 (C.A.)).

(*Henderson v. Laframboise* (1930), 65 O.L.R. 610 (C.A.)).

[28] In the normal course, and absent indications to the contrary, costs usually go to the successful party. Similarly, costs are not usually awarded where success is evenly divided in the absence of some factor dictating a different result (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186 (F.C.T.D.) at page 190). In *Donald Campbell and Company Limited v. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.), Viscount Cave L.C. gave the following account of the discretion to award costs [at pages 811-812]:

[28] En temps normal, en l'absence d'indications contraires, les frais sont ordinairement accordés à la partie qui a gain de cause. De même, il n'y a généralement pas de frais accordés lorsque les deux parties ont gain de cause dans la même mesure, à moins que quelque facteur ne dicte un résultat différent (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* (2000), 184 D.L.R. (4th) 186 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) à la page 190). Dans l'arrêt *Donald Campbell and Company Limited c. Pollack*, [1927] A.C. 732 (H.L.), le vicomte Cave, lord juge en chef, a exposé de la façon suivante le pouvoir discrétionnaire d'attribuer les frais [aux pages 811 et 812]:

A successful defendant in a non-jury case has no doubt, in the absence of special circumstances, a reasonable expectation of obtaining an order for the payment of his costs by the plaintiff; but he has no right to costs unless and until the Court awards them to him, and the Court has an absolute and unfettered discretion to award or not to award them. This discretion, like any other discretion, must of course be exercised judicially, and the judge ought not to exercise it against the successful party except for some reason connected with the case. Thus, if—to put a hypothesis which in our Courts would never in fact be realized—a judge were to refuse to give a party his costs on the ground of some misconduct wholly unconnected with the cause of action or of some prejudice due to his race or religion or (to quote a familiar illustration) to the colour of his hair, then a Court of Appeal might well feel itself compelled to intervene. But when a judge, deliberately intending to exercise his discretionary powers, has acted on facts connected with or leading up to the litigation which have been proved before him or which he has himself observed during the progress of the case, then it seems to me that a Court of Appeal, although it may deem his reasons insufficient and may disagree with his conclusion, is prohibited by the statute from entertaining an appeal from it.

[TRADUCTION] Un défendeur qui a gain de cause dans une affaire où il n'y a pas de jury peut sans doute raisonnablement s'attendre, à moins de circonstances spéciales, à obtenir une ordonnance visant le remboursement de ses dépens par le demandeur; cependant, il n'a pas droit aux dépens tant que la Cour ne les lui a pas accordés. Cette dernière jouit d'un pouvoir discrétionnaire absolu de les accorder ou de les refuser. Ce pouvoir discrétionnaire, comme tout autre pouvoir discrétionnaire doit être exercé d'une manière régulière. Le juge ne devra pas exercer ce pouvoir à l'encontre d'une partie qui a gain de cause sauf pour un motif directement lié à l'affaire en question. Ainsi, si un juge—selon une hypothèse qui ne peut se réaliser dans nos tribunaux—refusait d'accorder les dépens à une partie en se fondant sur les motifs d'une quelconque inconduite complètement étrangère à la cause d'action, ou sur quelque préjugé en raison de la race ou de la religion ou (pour citer un exemple familier) en raison de la couleur de ses cheveux, alors la Cour d'appel pourrait bien se sentir obligée d'intervenir. Par contre, lorsqu'un juge, cherchant à dessein à exercer ses pouvoirs discrétionnaires, a rendu une décision en se fondant sur des faits reliés à la contestation ou qui y ont conduit et qui ont été prouvés devant lui ou qu'il a pu lui-même remarquer au cours du procès, il me semble que la loi interdit à une cour d'appel d'entendre l'appel de sa décision, même si elle trouve ses motifs insuffisants et qu'elle ne souscrit pas à sa conclusion.

[29] This Court applied the above-quoted passage in *R. v. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 F.C. 1065 (C.A.) where the relevance of similar considerations was at issue. In that case, the Trial Division Judge [T-2216-81, April 30, 1982, not reported] had exercised his discretion not to award costs to the Crown despite the Crown's success in the proceeding

[29] La Cour a appliqué l'extrait cité ci-dessus dans l'arrêt *R. c. James Lorimer and Company Limited*, [1984] 1 C.F. 1065 (C.A.), où la pertinence de considérations similaires était en cause. Dans cette affaire, le juge de première instance [T-2216-81, le 30 avril 1982, non publiée] avait exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder les frais à l'État

before him. Mahoney J.A., writing for this Court, noted that the Trial Judge had refused to award costs on the basis that he did not see fit to “punish” the defendant or “further [its] burden” and also because he viewed the Crown as an “unusual plaintiff” which could pay its own costs. In overturning the decision of the Trial Judge, Mahoney J.A. stated (pages 1076-1077):

It is trite law that costs are not awarded to punish an unsuccessful party. There was a time when the “rule of dignity” dictated that the Crown neither asked nor paid costs in the ordinary course of events. That time is long past and the position of the Crown, even if it be “unusual”, is no more relevant than the colour of a litigant’s hair. With respect, none of the reasons given for denying the appellant costs have anything to do with the case nor any facts connected with it or leading up to it.

[30] Considering that the broad discretion to award (or not to award) costs must nevertheless be exercised judicially and staying close to the reasons offered by the Tribunal in support of its decision (*Ryan, supra*), I am unable to detect any reasonable justification for denying costs in this instance. I first note that section 30.16, which is the only statutory authority to which the Tribunal referred in its reasons (paragraph 3), does not authorize the Tribunal to adhere to a practice of denying costs to the Crown despite its success. Quite to the contrary, this provision, on the face of it, envisages that costs can be awarded to either party.

[31] Looking at the remainder of the reasons, the fact that HRDC was represented by salaried employees (reasons, paragraph 7) is not a relevant consideration. Furthermore, the reasons give no consideration to the principle of indemnification and do not recognize the fact that costs were incurred by HRDC in resisting the complaint brought against it. I also note that paragraphs 4, 5 and 6 of the reasons relate to the Tribunal’s general experience in dealing with complaints and, as such, bear no connection with the litigation with respect to which costs were sought.

malgré le fait qu’il lui avait donné gain de cause. Le juge Mahoney, J.C.A., écrivant au nom de la Cour, a relevé que le juge de première instance avait refusé d’accorder les frais au motif qu’il ne s’agissait pas d’un cas où il faut «punir» la défenderesse ou lui «ajouter un fardeau supplémentaire» et aussi parce qu’il voyait dans l’État un «demandeur inhabituel», capable de supporter ses propres frais. En infirmant la décision du juge de première instance, le juge Mahoney a déclaré (aux pages 1076 et 1077):

C’est un lieu commun que les dépens ne sont pas accordés pour punir une partie qui n’a pas eu gain de cause. Il fut un temps où la «dignité» empêchait l’État de demander ou de payer des dépens dans le cours ordinaire des choses. Cette époque est révolue et la situation de l’État, même si elle est «inhabituelle», n’est pas plus une question pertinente que ne l’est la couleur des cheveux d’une des parties. Avec égards, les raisons données pour refuser les dépens à l’appelante sont totalement étrangères à l’affaire ou aux faits reliés à la contestation ou qui y ont conduit.

[30] Considérant que le vaste pouvoir discrétionnaire d’accorder (ou de ne pas accorder) les frais doit néanmoins être exercé judiciairement et en restant près des motifs donnés par le Tribunal au soutien de sa décision (arrêt *Ryan*, précité), je ne parviens pas à déceler de justification raisonnable du refus des frais en l’espèce. Je note d’abord que l’article 30.16, qui est la seule disposition législative invoquée par le Tribunal dans ses motifs (au paragraphe 31), n’autorise pas le Tribunal à suivre la pratique de refuser les frais à l’État malgré le fait qu’il a gain de cause. Au contraire, cette disposition envisage manifestement la possibilité que les frais soient accordés à l’une ou l’autre des parties.

[31] Si nous passons au reste des motifs, le fait que DRHC ait été représenté par des employés salariés (paragraphe 7 des motifs) ne constitue pas une considération pertinente. En outre, les motifs ne prennent pas en considération le principe de l’indemnisation et ne reconnaissent pas le fait que DRHC a engagé des frais pour contester la plainte déposée contre lui. Je note également que les paragraphes 4, 5 et 6 des motifs se rapportent à l’expérience générale du Tribunal en matière de traitement des plaintes et, pour cette raison, n’ont pas de rapport avec le litige à l’égard duquel les frais étaient demandés.



[32] In this last connection, the respondent argued that although the observations made in these paragraphs are of a general nature, some of the facts in issue in this case come within the profile of cases to which the Tribunal was alluding in making these comments. As such, the respondent argued that these observations are relevant and justify the decision of the Tribunal denying costs to the applicant.

[33] Assuming that these paragraphs can be read as addressing the specifics of the present case, I do not believe that any of the observations which they embody can justify the denial of costs to the applicant. In particular, the fact that the respondent may have had to navigate through complex legal issues, devote time, money and resources to the pursuit of the complaint or that it presented its case in a forthright manner (reasons, paragraphs 5 and 6) does not justify a denial of costs to the successful party. After all, the end result establishes that HRDC was well advised to resist the complaint and costs were incurred in the process of doing so.

[34] Similarly, the fact that the complaint was “seemingly meritorious” at the initial stage (reasons, paragraph 4) is not a valid reason for ultimately denying costs to the successful party. A complaint which seems meritorious at the initial stage may turn out to be devoid of any merit at the final stage. Incidentally, this question cannot be answered in this case as there was no adjudication on the merits and hence no determination as to whether the complaint was meritorious.

[35] Finally, looking beyond what is expressly stated by the Tribunal in its reasons, the respondent argued that the Tribunal, as the “bid challenge authority” (*Canada (Attorney General) v. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 F.C. 633 (C.A.), at paragraph 8) had a duty to ensure Canada’s compliance with international obligations arising under NAFTA and AIT relating to procurement matters. As such, it was submitted that the Tribunal has the authority to encourage complainants to come forward, or at least not to discourage them from doing so. The Tribunal’s costs policy is said to be justified on this basis.

[32] Sur ce dernier point, le défendeur a plaidé que, malgré le fait que les observations formulées dans ces paragraphes sont de nature générale, certains des faits en question dans la présente affaire correspondent à certains traits des affaires auxquelles le Tribunal faisait allusion en formulant ces observations. Le défendeur soutenait donc que ces observations étaient pertinentes et justifiaient la décision du Tribunal de refuser les frais au demandeur.

[33] Même si l’on suppose qu’il est possible d’interpréter ces paragraphes comme traitant des éléments particuliers de l’espèce, je n’estime pas que les observations qu’ils contiennent peuvent justifier de refuser les frais au demandeur. En particulier, le fait que le défendeur ait dû naviguer dans des questions juridiques complexes, consacrer du temps, de l’argent et des ressources afin de défendre sa plainte ou qu’il ait présenté sa cause de manière franche (paragraphes 5 et 6 des motifs) ne justifie pas le refus des frais à la partie qui a gain de cause. Au demeurant, le résultat final établit que DRHC a bien fait de contester la plainte et les frais ont été engagés à cette fin.

[34] De même, le fait que la plainte pouvait «sembler être fondée» au stade initial (paragraphe 4 des motifs) ne constitue pas un motif valide de refuser au bout du compte les frais à la partie qui a gain de cause. Une plainte qui semble être fondée au stade initial peut se révéler par la suite mal fondée au stade final. D’ailleurs, il est impossible de répondre à cette question en l’espèce puisqu’il n’y a pas eu de décision sur le fond, et donc de décision sur le fait que la plainte ait été fondée.

[35] Enfin, si nous allons au-delà de ce que le Tribunal dit expressément dans ses motifs, le défendeur a plaidé que le Tribunal, à titre d’«organe canadien compétent à l’égard des contestations ayant trait aux marchés publics» (*Canada (Procureur général) c. McNally Construction Inc.*, [2002] 4 C.F. 633 (C.A.), au paragraphe 8), avait le devoir de veiller au respect par le Canada de ses obligations internationales découlant de l’ALÉNA et de l’ACI en matière de marchés publics. On a soutenu que le Tribunal avait donc le pouvoir d’encourager les intéressés à déposer des plaintes, ou du moins de ne pas les dissuader de le faire. La politique du Tribunal concernant les frais serait ainsi justifiée.

[36] Although it seems clear that the practice of denying costs to the Crown despite its success has the effect of encouraging complainants to come forward, the Tribunal has alluded to no provision which would authorize it to implement measures towards that end. Indeed, the only statutory reference contained in the reasons is to section 30.16 which, as we have seen, provides for no such authority. The respondent has been unable to point to any other provision which could be construed as authorizing the Tribunal to assume a proactive role in encouraging complaints.

[37] I accept that Parliament has designated the Tribunal as the competent forum for adjudicating procurement complaints and that, in fulfilling this function, the Tribunal is called upon to give effect to the international obligations which bind Canada in relation to procurement matters. But there is a quantum leap between providing a forum for dispute resolution and encouraging disputes to take place. I can find nothing in the Act which would give the Tribunal authority to encourage or invite litigation in the area of procurement by adhering to a practice of denying costs to the Crown despite its success.

[38] I therefore conclude that the Tribunal fettered its discretion by adhering to this practice in this instance.

[39] I would allow the application for judicial review, set aside the decision of the Tribunal, and refer the matter back so that the Tribunal may exercise its discretion anew on proper principle, in the light of the foregoing reasons. The applicant should be entitled to the costs of this application.

STONE J.A.: I agree.

SEXTON J.A.: I agree.

[36] S'il semble clair que la pratique de refuser les frais à l'État malgré qu'il ait gain de cause a l'effet d'encourager les intéressés à déposer des plaintes, le Tribunal n'a invoqué aucune disposition qui l'autoriserait à mettre en œuvre des mesures à cette fin. En fait, la seule disposition législative citée dans les motifs est l'article 30.16, lequel, comme nous l'avons vu, ne confère pas un tel pouvoir. Le défendeur n'a cité aucune autre disposition que l'on pourrait interpréter comme conférant au Tribunal le pouvoir de jouer un rôle proactif en encourageant les plaintes.

[37] J'accepte que le législateur a désigné le Tribunal comme la juridiction compétente pour juger les plaintes relatives aux marchés publics et que le Tribunal, en s'acquittant de cette fonction, est appelé à donner effet aux obligations internationales qui lient le Canada en matière de marchés publics. Mais il y a toute une marge entre prévoir la juridiction pour le règlement de litiges et encourager les litiges. Je ne trouve aucune disposition dans la Loi qui donnerait au Tribunal le pouvoir d'encourager ou d'inviter les litiges en matière de marchés publics en suivant une pratique de refuser les frais à l'État malgré le fait qu'il ait gain de cause.

[38] Je conclus donc que Tribunal a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en suivant cette pratique en l'espèce.

[39] J'accueillerais la demande de contrôle judiciaire, j'annulerais la décision du Tribunal et je renverrais l'affaire au Tribunal pour qu'il exerce à nouveau son pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes appropriés, compte tenu des motifs qui précèdent. Le demandeur devrait avoir droit aux frais de la présente demande.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.