



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 2, Part 1

2012, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [2012] 2 F.C.R., {³⁻¹⁷⁷_{D-1-D-4}

Renvoi [2012] 2 R.C.F., {³⁻¹⁷⁷_{F-1-F-4}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

The following added value features in the Federal Courts Reports are protected by Crown copyright: captions and headnotes, all tables and lists of statutes and regulations, cases, authors, as well as the history of the case and digests of cases not selected for full-text publication.

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des décisions des Cours fédérales sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne : rubriques et sommaires, toutes les listes et tables de jurisprudence, de doctrine, de lois et règlements, ainsi que l'historique de la cause et les fiches analytiques des décisions qui n'ont pas été retenues pour publication intégrale.

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above-mentioned address and telephone number.

Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Courts Reports should be referred to Publishing and Depository Services, Public Works and Government Services Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0S5, telephone 613-941-5995 or 1-800-635-7943.

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrê-tiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.

Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Les Éditions et Services de dépôt, Travaux publics et Services gou-vernementaux Canada, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 0S5, téléphone 613-941-5995 ou 1-800-635-7943.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

All judgments and digests published in the Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des décisions des Cours fédérales peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3-177
Digests	D-1-D-4

Canada (Attorney General) v. Quadrini (F.C.A.)	3
--	----------

Practice—Parties—Intervention—Motion by Public Service Labour Relations Board seeking leave to intervene in judicial review of its order pertaining to privileged document—Board submitting that specialized knowledge, expertise assisting Court—Applicant noting that Board's submissions lacking particularity—Main issue involving limits to be placed on arguments to be made by Board—Submissions having to be relevant, useful, subject to careful regulation based on principles of finality, impartiality—Board's submissions with respect to interpretation of powers under *Public Service Labour Relations Act* relevant, useful, not offending principle of finality, impartiality—However, Board prohibited from submitting that least intrusive means adopted to investigate privilege—Board also prohibited from amending, varying, qualifying or supplementing reasons for decision—Motion granted.

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3-177
Fiches analytiques	F-1-F-4

Canada (Procureur général) c. Quadrini (C.A.F.)	3
---	----------

Pratique—Parties—Intervention—Requête de la Commission des relations de travail dans la fonction publique visant à obtenir l'autorisation d'intervenir dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de son ordonnance visant un document protégé par le secret professionnel de l'avocat—La Commission affirmait que ses connaissances et sa compétence spécialisées aideraient la Cour—Le demandeur avait signalé le caractère vague des observations de la Commission—La principale question à trancher visait l'ampleur des limites à imposer aux arguments invoqués par la Commission—Les observations doivent être pertinentes et utiles et elles sont assujetties à un encadrement rigoureux qui repose sur les principes du caractère définitif et de l'impartialité—Les observations de la Commission quant à l'interprétation des pouvoirs conférés par la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* étaient pertinentes et utiles et elles ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Public Service—Labour Relations—Practice—Public Service Labour Relations Board making order with respect to privileged document in context of unfair labour practice complaint by respondent—Applicant filing application for judicial review of that decision, Board seeking leave to intervene therein—Main issue involving limits to be placed on arguments to be made by Board—*Public Service Labour Relations Act*, s. 51 allowing tribunals to make submissions regarding standard of review to be used with respect to decisions of the Board, Board’s jurisdiction, policies and procedures—Task of interpreting Board’s powers under Act not as narrow as applicant suggesting—Submissions by Board on these matters relevant, useful.

Administrative Law—Judicial Review—Public Service Labour Relations Board making order in context of unfair labour practice complaint—Applicant applying for judicial review of that decision—Board seeking leave to intervene therein—*Public Service Labour Relations Act*, s. 51 allowing tribunals to make certain submissions on judicial review, subject to common law restrictions on scope thereof—Submissions having to be relevant, useful, subject to careful regulation based on principles of finality, impartiality.

Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v. Canada (Attorney General) (F.C.) 23

Official Languages—Judicial review of August 12, 2010 Order in Council reducing number of questions in 2011 census—Data previously collected through mandatory

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

portaient pas atteinte aux principes du caractère définitif et de l’impartialité—Cependant, la Cour a interdit à la Commission de faire valoir qu’elle avait adopté le moyen le moins attentatoire pour vérifier l’existence du privilège—La Cour a aussi interdit à la Commission de modifier, de changer, de nuancer ou de compléter les motifs de sa décision—Requête accueillie.

Fonction publique—Relations du travail—Pratique—La Commission des relations de travail dans la fonction publique avait rendu une ordonnance relativement à un document protégé par le secret professionnel de l’avocat dans le cadre d’une plainte de pratique déloyale de travail déposée par le défendeur—Le demandeur avait demandé le contrôle judiciaire de cette décision et la Commission tentait d’obtenir l’autorisation d’intervenir à cet égard—La principale question à trancher visait l’ampleur des limites à imposer aux arguments invoqués par la Commission—L’art. 51 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* autorise les tribunaux administratifs à présenter des observations à l’égard de la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission ou à l’égard de sa compétence, de ses procédures et de ses litiges—La tâche consistant à interpréter les pouvoirs conférés à la Commission par la Loi n’était pas aussi limitée que le demandeur le soutenait—Les observations de la Commission sur ces questions étaient pertinentes et utiles.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—La Commission des relations de travail dans la fonction publique avait rendu une ordonnance dans le cadre d’une plainte de pratique déloyale de travail—Le demandeur avait demandé le contrôle judiciaire de cette décision—La Commission tentait d’obtenir l’autorisation d’intervenir à cet égard—L’art. 51 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* autorise les tribunaux administratifs à présenter des observations dans le cadre du contrôle judiciaire, sous réserve des restrictions prévues par la common law quant à leur portée—Les observations doivent être pertinentes et utiles et elles sont assujetties à un encadrement rigoureux qui repose sur les principes du caractère définitif et de l’impartialité.

Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Canada (Procureur général) (C.F.) 23

Langues officielles—Contrôle judiciaire du décret du 12 août 2010 réduisant le nombre de questions du recensement de 2011—Les données antérieurement recueillies par l’entremise

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

long-form census questionnaire to be collected through new voluntary National Household Survey—Applicants claiming August 12, 2010, Order in Council contravened *Official Languages Act*, since Order in Council deprived Government of Canada and linguistic minority communities of reliable statistical data—No provision of Act, Part VII or any other part of Act or *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, requiring data to be collected by means of census—Only statutory basis in question *Statistics Act* concerning duty to take census—Way census taken and methodology left to government’s discretion—Application dismissed.

Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited (F.C.A.) 69

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for generic version of sildenafil tablets (Viagra) until expiry of Canadian Patent No. 2163446 ('446 patent)—'446 patent claiming use of sildenafil citrate (sildenafil) for treatment of erectile dysfunction (ED)—Study 350 conducted to test effects of sildenafil citrate (sildenafil) on ED—Sildenafil found in claim 7 of '446 patent—Federal Court determining sildenafil constituting relevant invention, finding patent sufficiently disclosing invention—Whether Federal Court erring in finding disclosure of invention in '446 patent sufficient pursuant to *Patent Act*, ss. 27(3), (4); that '446 patent meeting requirement of utility under s. 2 thereof—Federal Court correctly limiting invention to what claim 7 describing since claim 7 constituting separate invention—Federal Court correctly finding invention sufficiently disclosed in '446 patent pursuant to requirements of Act, ss. 27(3), (4)—Federal Court correctly finding respondent not required to demonstrate utility in patent disclosure under Act, s. 2 so long as disclosure referring to study demonstrating utility—Although Federal Court misapplying “mere scintilla” test herein, error inconsequential in present circumstances—Federal Court satisfied Study 350, while not meeting standards for regulatory approval, sufficiently establishing demonstrated utility of invention—Therefore, not making palpable, overriding error in determining Study 350 disclosing utility—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

du questionnaire long obligatoire du recensement seraient recueillies dans le cadre de la nouvelle Enquête nationale auprès des ménages à participation volontaire—Les demandeurs estimaient que le décret du 12 août 2010 contrevenait à la *Loi sur les langues officielles* puisqu’il aurait pour effet de priver le gouvernement du Canada et les communautés linguistiques minoritaires de données statistiques fiables—Aucune disposition de la partie VII de la Loi, ni aucune autre partie de cette loi ou de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ne requiert la collecte de données au moyen du recensement—Le seul fondement législatif en cause est celui de la *Loi sur la statistique* relatif à l’obligation de tenir un recensement—La façon dont le recensement s’opère et la méthodologie sont laissées à la discrétion du gouvernement—Demande rejetée.

Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited (C.A.F.) 69

Brevets—Contrefaçon—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer à l’appelante un avis de conformité pour une version générique de comprimés de sildénafil (Viagra) avant l’expiration du brevet canadien n° 2163446 (le brevet '446)—Le brevet '446 revendique l’utilisation du citrate de sildénafil (sildénafil) pour le traitement de la dysfonction érectile—L’étude 350 a été menée pour vérifier les effets du sildénafil sur la dysfonction érectile—Il est fait mention du sildénafil dans la revendication 7 du brevet '446—La Cour fédérale a conclu que le sildénafil correspondait à l’invention revendiquée et que l’exposé de l’invention était suffisant—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a eu raison de conclure que l’exposé de l’invention du brevet '446 était suffisant en vertu des art. 27(3) et (4) de la *Loi sur les brevets* et que le brevet '446 satisfaisait à l’exigence de l’utilité prévue à l’art. 2 de la Loi—La Cour fédérale a eu raison de limiter l’invention à ce qui était décrit dans la revendication 7, celle-ci constituant une invention distincte—La Cour fédérale a statué à bon droit que l’invention avait été suffisamment divulguée dans le brevet '446 conformément aux exigences des art. 27(3) et (4) de la Loi—La Cour fédérale a conclu à juste titre que l’intimée n’était pas tenue de démontrer l’utilité dans l’exposé de l’invention du brevet en vertu de l’art. 2 de la Loi, dès lors que l’exposé cite une étude qui démontre l’utilité—Bien que la Cour fédérale ait mal appliqué le critère de la « moindre parcelle » en l’espèce,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Shaw Cablesystems G.P. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.)	154
---	------------

Copyright—Infringement—Judicial review of Copyright Board of Canada decision finding downloading of music files communication to public by telecommunication, subject to tariff setting out royalties for such communications—Applicants providing download access to music files, streams—Whether individual transmissions of musical works communication to public by telecommunication within meaning of *Copyright Act*, s. 3(1)(f)—Board finding reasonable—Communication public if intention of communicator, reception by one member of public present—*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (S.C.C.) not foreclosing possibility of communication to the public one person at a time—Board correctly identifying intention as critical factor by identifying public as target group—Applications dismissed.

Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	108
---	------------

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Judicial reviews of decisions by immigration officers refusing applicant’s pre-removal risk assessment (PRRA) (IMM-6518-09), permanent resident application from within Canada on humanitarian, compassionate (H&C) grounds (IMM-6522-09), request to defer removal (IMM-1396-10)—Applicant, Albanian, deported from U.S., unsuccessfully claiming refugee status in Canada—PRRA, H&C applications also denied—Enforcement officer refusing to defer applicant’s removal on ground applicant able to return to Canada if PRRA successful—Whether

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’erreur ne tirait pas à conséquence—La Cour fédérale était convaincue que l’étude 350, même si elle ne respectait pas les normes d’autorisation réglementaire, suffisait à établir l’utilité démontrée de l’invention—Elle n’a donc pas commis d’erreur manifeste et dominante en concluant que l’étude 350 révélait l’utilité—Appel rejeté.

Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.)	154
---	------------

Droit d’auteur—Violation—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d’auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à leur communication au public par télécommunication et que ce téléchargement est assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication—Les demandesses permettent le téléchargement de fichiers de musique ou des transmissions en continu—Il s’agissait de savoir si les transmissions individuelles d’œuvres musicales constituent une communication au public par télécommunication au sens de l’art. 3(1)f) de la *Loi sur le droit d’auteur*—La conclusion de la Commission était raisonnable—Il y a communication au public lorsque la personne qui communique a l’intention d’agir ainsi et qu’il y a réception de la communication par au moins un membre du public—L’arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* (C.S.C.) n’exclut pas la possibilité que l’on puisse communiquer au public en s’adressant à une personne à la fois—La Commission a indiqué à juste titre que l’intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public—Demandes rejetées.

Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)	108
---	------------

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Contrôles judiciaires de décisions d’agents d’immigration rejetant la demande d’examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur (dossier IMM-6518-09), sa demande de résidence permanente présentée depuis le Canada pour des motifs d’ordre humanitaire (CH) (dossier IMM-6522-09) et sa demande de report de renvoi (dossier IMM-1396-10)—Le demandeur, un Albanien, avait été expulsé des É.-U. et avait demandé, sans succès, l’asile au Canada—Les demandes d’ERAR et CH ont aussi été rejetées—L’agent d’exécution a refusé de reporter le renvoi du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

officers erring in refusing PRRA, H&C application, deferral request—PRRA decision reasonable—Applicant’s new evidence vague, not rebutting presumption of state protection—H&C decision unreasonable—H&C officer not conducting hearing pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 167, committing breach of procedural fairness—Judicial review of refusal to defer not moot—Parliament not intending for enforcement officer to deprive applicant of recourse given by Parliament—Enforcement officer not empowered to opine on PRRA or H&C decisions already rendered, result of applicant’s application for leave, judicial review—*Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* proposing that only those in Canada entitled to PRRA—On its face, *Perez* not appearing to be distinguishable from present case—Enforcement officer consequently erring in law—Questions certified—Applications in IMM-6522-09, IMM-1396-10 allowed; application in IMM-6518-09 dismissed.

Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) 133

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Refugees—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s judicial review of negative humanitarian, compassionate application, invalidating enforcement officer’s refusal to defer removal—Federal Court upholding negative pre-removal risk assessment (PRRA) but deciding to hear judicial review of deferral decision—Finding that officer overlooking *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* in stating that respondent able to return if PRRA review successful—Issues whether officer (1) failing to account for fact that respondent’s application for judicial review of PRRA potentially moot; (2) required to consider risk to applicant if removal not deferred pending disposition of PRRA—(1) Wrong to set aside refusal to defer on basis of officer’s statement—*Borowski v. Canada (Attorney General)* allowing Federal Court to hear review of PRRA rendered moot—Officer’s reasons focusing on fact that judicial review

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demandeur au motif que celui-ci serait en mesure de revenir au Canada s’il obtenait une décision d’ERAR favorable—Il s’agissait de savoir si les agents ont commis une erreur en rejetant la demande d’ERAR, la demande CH et la demande de report—La décision relative à l’ERAR était raisonnable—Les nouveaux éléments de preuve du demandeur étaient vagues et ne réfutaient pas la présomption de la protection de l’État—La décision relative à la demande CH était déraisonnable—L’agente CH n’avait pas tenu d’audience en vertu de l’art. 167 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* et avait donc manqué à l’équité procédurale—Le contrôle judiciaire du refus de reporter le renvoi n’était pas devenu théorique—Le législateur n’avait pas l’intention de permettre à un agent d’exécution de priver un demandeur du recours même qu’il lui avait accordé—Un agent d’exécution n’a pas le pouvoir de se prononcer sur des décisions déjà rendues à l’égard de demandes d’ERAR ou CH ni de se prononcer sur l’issue d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire d’un demandeur—L’arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* affirme que seules les personnes présentes au Canada ont droit à un ERAR—À première vue, il ne semble pas possible de faire une distinction entre l’arrêt *Perez* et l’affaire en l’espèce—L’agent d’exécution a donc commis une erreur de droit—Certification de questions—Les demandes dans les affaires IMM-6522-09 et IMM-1396-10 ont été accueillies; la demande dans l’affaire IMM-6518-09 a été rejetée.

Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) 133

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de réfugiés—Appel à l’encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant une demande présentée pour des motifs d’ordre humanitaire et a invalidé le refus d’un agent d’exécution de reporter le renvoi—La Cour fédérale a confirmé la décision défavorable rendue relativement à l’examen des risques avant renvoi (ERAR), mais elle a décidé de statuer sur la demande de contrôle judiciaire de la décision relative au renvoi—Elle a statué que l’agent avait fait abstraction de l’arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* en déclarant que l’intimé pourrait revenir s’il obtenait une décision d’ERAR favorable—Il s’agissait de savoir si l’agent 1) avait omis de tenir compte de la possibilité que la demande de contrôle judiciaire de la décision d’ERAR présentée par l’intimé soit potentiellement théorique; et 2) doit tenir compte du risque auquel le demandeur serait exposé si son

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of PRRA not automatically staying removal—Officer’s statement not basis of refusal to defer removal—Potential mootness of pending PRRA litigation not warranting deferral of removal—Enforcement officers not always required to consider mootness when determining request for deferral pending disposition of PRRA litigation—(2) Enforcement officers having narrow discretion to defer removal if evidence of risk post-PRRA—Fact application made in good faith not cause for deferral—Moot PRRA litigation not abrogating right to judicial review under *Federal Courts Act*, s. 18.1—Limiting scope of enforcement officer’s discretion doing no violence to integrity of Federal Court jurisdiction, according with *Immigration and Refugee Protection Act* policy foreigners having to leave immediately after departure order becoming enforceable—Appeal allowed.

Zare v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 48

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by visa officer refusing applicant’s permanent resident visa application for failing to respond to e-mail request for information—Visa officer sending e-mail to applicant’s agent, receiving delivery status notification (DSN) that e-mail successfully relayed—Agent declaring that e-mail request never received—Whether e-mail transmission resulting in denial of procedural fairness—Applicant not receiving visa officer’s e-mail, not given notice of requirement to provide information—DSN message referring to relay of e-mail, not to receipt—Evidence herein that e-mail communication to applicant failing—Warsaw visa office not providing safeguard against possible e-mail transmission failure—Failure to properly communicate request

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

renvoi n’était pas reporté en attendant qu’une décision soit rendue au sujet de la demande d’ERAR—1) Le refus de reporter le renvoi n’aurait pas dû être annulé sur le fondement de la déclaration de l’agent—L’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)* permet à la Cour fédérale d’entendre la demande de contrôle de la demande d’ERAR malgré son caractère théorique—Les motifs de l’agent étaient axés sur le fait que la demande de contrôle judiciaire d’une demande d’ERAR n’a pas automatiquement pour effet de surseoir au renvoi—La déclaration de l’agent ne constituait pas le fondement de son refus de reporter le renvoi—Le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d’ERAR ne justifie pas le report du renvoi—Les agents d’exécution ne sont pas toujours obligés de tenir compte du caractère théorique lorsqu’ils se prononcent sur une demande de report en attendant qu’une décision soit rendue au sujet d’un litige relatif à une décision d’ERAR—2) Les agents d’exécution disposent d’un pouvoir discrétionnaire limité pour reporter un renvoi si des éléments de preuve démontrent l’existence d’un risque survenu depuis l’ERAR—Le fait que la demande a été présentée de bonne foi ne justifie pas un report—Un litige en matière d’ERAR qui a été rendu théorique ne porte pas atteinte au droit de demander un contrôle judiciaire en vertu de l’art. 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*—Restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire de l’agent d’exécution ne porte pas atteinte à l’intégrité de la compétence de la Cour fédérale, ce qui s’accorde avec la volonté exprimée dans la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, à savoir que les étrangers doivent quitter le Canada sans délai dès qu’une mesure d’interdiction de séjour devient exécutoire—Appel accueilli.

Zare c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 48

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l’agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent du demandeur parce que ce dernier avait omis de répondre à la demande de renseignements transmise par courriel—L’agente des visas avait transmis un courriel au mandataire du demandeur et avait reçu une notification d’état de remise indiquant que le courriel avait été acheminé—Le mandataire a déclaré qu’il n’a jamais reçu la demande envoyée par courriel—Il s’agissait de savoir si la transmission par courriel a privé le demandeur de son droit à l’équité procédurale—Le demandeur n’avait pas reçu le courriel de l’agente des visas et n’avait pas été avisé de l’exigence de fournir des renseignements supplémentaires—La notification

Continued on next page

CONTENTS (Concluded)

resulting in breach of procedural fairness—Application allowed.

SOMMAIRE (Fin)

d'état de remise indiquait que le courriel avait été relayé et non pas reçu—Certains éléments de preuve en l'espèce indiquaient que la communication avait échoué—Le bureau des visas de Varsovie n'a pas mis en place de mesures de protection pour parer à la possibilité de défaillance de la transmission des courriels—L'omission de communiquer dûment la demande a donc entraîné un manquement à l'équité procédurale—Demande accueillie.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Harkat (Re), 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122). The reasons for judgment, handed down April 25, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re) (DES-5-08, 2010 FC 1241) has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122), reasons for judgment handed down April 25, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re) (DES-5-08, 2010 FC 1242) has been affirmed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122), reasons for judgment handed down April 25, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re) (DES-5-08, 2010 FC 1243) has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122). The reasons for judgment, handed down April 25, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Calgary (City) v. Canada, A-250-09, 2010 FCA 127, has been affirmed on appeal (2012 SCC 20). The reasons for judgment, handed down April 26, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc., A-172-11, A-173-11, 2011 FCA 358, Noël J.A., judgment dated December 16, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc., A-154-10, 2011 FCA 329, Stratas J.A., judgment dated November 25, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Baines v. Canada (Human Resources and Skills Development), A-71-10, 2011 FCA 158, Dawson J.A., judgment dated May 9, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley, A-482-10, 2011 FCA 273, Evans J.A., judgment dated October 3, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)* (DES-5-08, 2010 CF 1241) a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 avril 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)* (DES-5-08, 2010 CF 1242) a été confirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 avril 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)* (DES-5-08, 2010 CF 1243) a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Calgary (Ville) c. Canada*, A-250-09, 2010 CAF 127, a été confirmé en appel (2012 CSC 20). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc., A-172-11, A-173-11, 2011 CAF 358, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 16 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc., A-154-10, 2011 CAF 329, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 25 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Baines c. Canada (Ressources humaines et Développement des compétences), A-71-10, 2011 CAF 158, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 9 mai 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley, A-482-10, 2011 CAF 273, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 3 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

APPEALS NOTED

Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, Noël J.A., judgment dated July 15, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted April 26, 2012.

Hahn v. Canada, A-111-11, 2011 FCA 282, Sharlow J.A., judgment dated October 13, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General), 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, Sexton J.A., judgment dated June 8, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Warman v. Tremaine, A-468-10, 2011 FCA 297, Noël and Pelletier J.J.A., judgment dated October 26, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 15 juillet 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 26 avril 2012.

Hahn c. Canada, A-111-11, 2011 CAF 282, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 13 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général), 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 8 juin 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

Warman c. Tremaine, A-468-10, 2011 CAF 297, les juges Noël et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

**Federal Courts
Reports**

2012, Vol. 2, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 2, 1^{er} fascicule

A-384-09
2010 FCA 246

A-384-09
2010 CAF 246

Attorney General of Canada (*Applicant*)

Procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Rudy Quadrini (*Respondent*)

Rudy Quadrini (*défendeur*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. QUADRINI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. QUADRINI

Federal Court of Appeal, Stratas J.A.—Ottawa,
September 27, 2010.

Cour d'appel fédérale, juge Stratas, J.C.A.—Ottawa,
27 septembre 2010.

Practice — Parties — Intervention — Motion by Public Service Labour Relations Board seeking leave to intervene in judicial review of its order pertaining to privileged document — Board submitting that specialized knowledge, expertise assisting Court — Applicant noting that Board's submissions lacking particularity — Main issue involving limits to be placed on arguments to be made by Board — Submissions having to be relevant, useful, subject to careful regulation based on principles of finality, impartiality — Board's submissions with respect to interpretation of powers under Public Service Labour Relations Act relevant, useful, not offending principle of finality, impartiality — However, Board prohibited from submitting that least intrusive means adopted to investigate privilege — Board also prohibited from amending, varying, qualifying or supplementing reasons for decision — Motion granted.

Pratique — Parties — Intervention — Requête de la Commission des relations de travail dans la fonction publique visant à obtenir l'autorisation d'intervenir dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de son ordonnance visant un document protégé par le secret professionnel de l'avocat — La Commission affirmait que ses connaissances et sa compétence spécialisées aideraient la Cour — Le demandeur avait signalé le caractère vague des observations de la Commission — La principale question à trancher visait l'ampleur des limites à imposer aux arguments invoqués par la Commission — Les observations doivent être pertinentes et utiles et elles sont assujetties à un encadrement rigoureux qui repose sur les principes du caractère définitif et de l'impartialité — Les observations de la Commission quant à l'interprétation des pouvoirs conférés par la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique étaient pertinentes et utiles et elles ne portaient pas atteinte aux principes du caractère définitif et de l'impartialité — Cependant, la Cour a interdit à la Commission de faire valoir qu'elle avait adopté le moyen le moins attentatoire pour vérifier l'existence du privilège — La Cour a aussi interdit à la Commission de modifier, de changer, de nuancer ou de compléter les motifs de sa décision — Requête accueillie.

Public Service — Labour Relations — Practice — Public Service Labour Relations Board making order with respect to privileged document in context of unfair labour practice complaint by respondent — Applicant filing application for judicial review of that decision, Board seeking leave to intervene therein — Main issue involving limits to be placed on arguments to be made by Board — Public Service Labour Relations Act, s. 51 allowing tribunals to make submissions regarding standard of review to be used with respect to decisions of the Board, Board's jurisdiction, policies and procedures — Task of interpreting Board's powers under Act not as narrow as applicant suggesting — Submissions by Board on these matters relevant, useful.

Fonction publique — Relations du travail — Pratique — La Commission des relations de travail dans la fonction publique avait rendu une ordonnance relativement à un document protégé par le secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une plainte de pratique déloyale de travail déposée par le défendeur — Le demandeur avait demandé le contrôle judiciaire de cette décision et la Commission tentait d'obtenir l'autorisation d'intervenir à cet égard — La principale question à trancher visait l'ampleur des limites à imposer aux arguments invoqués par la Commission — L'art. 51 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique autorise les tribunaux administratifs à présenter des observations à l'égard de la norme de contrôle judiciaire applicable aux

Administrative Law — Judicial Review — Public Service Labour Relations Board making order in context of unfair labour practice complaint — Applicant applying for judicial review of that decision — Board seeking leave to intervene therein — Public Service Labour Relations Act, s. 51 allowing tribunals to make certain submissions on judicial review, subject to common law restrictions on scope thereof — Submissions having to be relevant, useful, subject to careful regulation based on principles of finality, impartiality.

This was a motion by the Public Service Labour Relations Board seeking leave to intervene, pursuant to rule 109 of the *Federal Courts Rules*, in an application for judicial review of the Board's decision ordering that the applicant provide an affidavit describing the contents of a document and the reasons why the document is protected by solicitor-client privilege. That order was made in the context of a hearing into an unfair labour practice complaint by the respondent.

The Board submitted, *inter alia*, that its specialized knowledge and expertise would assist the Court, that no other party would present its unique point of view, and that it would clarify the issues in the matter before the Court. The applicant noted that because the Board's submissions lacked particularity, the Board might seek to defend the correctness of its decision, enter into the merits of the decision, and supplement the reasons that it has already given. The applicant also noted that the Board should be allowed only to respond to technical questions concerning the Board's jurisdiction and procedures.

At issue were the limits that should be placed on the arguments to be made by the Board.

Held, the motion should be granted.

décisions de la Commission ou à l'égard de sa compétence, de ses procédures et de ses litiges — La tâche consistant à interpréter les pouvoirs conférés à la Commission par la Loi n'était pas aussi limitée que le demandeur le soutenait — Les observations de la Commission sur ces questions étaient pertinentes et utiles.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Commission des relations de travail dans la fonction publique avait rendu une ordonnance dans le cadre d'une plainte de pratique déloyale de travail — Le demandeur avait demandé le contrôle judiciaire de cette décision — La Commission tentait d'obtenir l'autorisation d'intervenir à cet égard — L'art. 51 de la Loi sur les relations de travail dans la fonction publique autorise les tribunaux administratifs à présenter des observations dans le cadre du contrôle judiciaire, sous réserve des restrictions prévues par la common law quant à leur portée — Les observations doivent être pertinentes et utiles et elles sont assujetties à un encadrement rigoureux qui repose sur les principes du caractère définitif et de l'impartialité.

Il s'agissait d'une requête de la Commission des relations de travail dans la fonction publique visant à obtenir l'autorisation d'intervenir, en vertu de la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission a ordonné au demandeur de soumettre un affidavit précisant le contenu d'un document et exposant les raisons pour lesquelles ce document était protégé par le secret professionnel de l'avocat. L'ordonnance avait été rendue à l'issue d'une audience relative à une plainte de pratique déloyale de travail déposée par le défendeur.

La Commission a notamment affirmé que ses connaissances et sa compétence spécialisées aideraient la Cour, qu'aucune autre partie ne présenterait son point de vue unique et qu'elle expliquerait les questions en litige devant la Cour dans la présente affaire. Le demandeur a signalé que compte tenu du caractère vague des observations de la Commission, celle-ci pourrait chercher à défendre la justesse de sa décision, à examiner le bien-fondé de sa décision et à ajouter de nouveaux motifs pour justifier une décision qu'elle a déjà rendue. En outre, le demandeur a souligné que la Commission ne devrait être autorisée à participer que pour répondre aux questions techniques concernant sa compétence et sa procédure.

La question à trancher était celle de savoir quelle était l'ampleur des limites devant être imposées aux arguments invoqués par la Commission.

Arrêt : la requête doit être accueillie.

Section 51 of the *Public Service Labour Relations Act* allows tribunals to make submissions regarding the standard of review to be used with respect to decisions of the Board and the Board's jurisdiction, policies and procedures. This right is subject to two common law restrictions on the scope of such submissions. The submissions that a tribunal may make as an intervener on judicial review must be relevant to the issues and useful to the reviewing court. They are also subject to careful regulation based on the principles of finality and impartiality. The general statements that courts have made in engaging in careful regulation are not hard and fast rules but rather exercises of discretion based on particular circumstances. The discretion as to the permissible scope of a tribunal's submissions on a judicial review of its own decision should be based on: an appreciation of the issues that will arise in the reviewing court; an assessment of the relevance and usefulness of the tribunal's proposed submissions to the determination of those issues; and a consideration of whether the principles of finality and impartiality will be offended by the tribunal's proposed submissions. The detail of the submissions should not offend the principles of relevance, usefulness, finality and impartiality.

A number of factors, such as the fact that the respondent was self-represented, warranted the Board's intervention with respect to certain matters. Unduly restricting this intervention could have deprived the Court of certain relevant and useful submissions. The task of interpreting the Board's powers under the Act, and the scope of the Board's intervention, were not as narrow as the applicant suggested. Submissions by the Board on these matters were relevant and useful and would not prompt concerns regarding the principles of finality and impartiality, provided that they were advanced with circumspection and prudence. The Board could thus explore the implications associated with the granting of the judicial review. However, the Board was prohibited from advancing the submission that it adopted the least intrusive means to investigate the existence of privilege without breaching it since this was an attempt to defend the Board's decision purely on its merits or to supplement its written reasons, contrary to the principles of finality and impartiality. Finally, the Board was also prohibited from attempting to amend, vary, qualify or supplement its reasons for decision. Because of the Board's rather general and vague description of its submissions in that regard, there was a danger that its submissions might offend the principles of finality and impartiality.

L'article 51 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* autorise les tribunaux administratifs à présenter des observations à l'égard de la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de la Commission ou à l'égard de sa compétence, de ses procédures et de ses litiges. Ce droit est assujéti à deux restrictions prévues par la common law à la portée de ces observations. Les observations qu'un tribunal administratif peut formuler lorsqu'il intervient comme intervenant dans le cadre d'un contrôle judiciaire doivent se rapporter aux questions en litige et être utiles pour la cour. De même, elles sont assujétiées à un encadrement rigoureux qui repose sur les principes du caractère définitif et de l'impartialité. Les énoncés généraux que les cours ont formulés pour assurer un encadrement rigoureux ne constituent pas des règles absolues; il s'agit plutôt de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire influencé par les circonstances de l'espèce. L'exercice du pouvoir discrétionnaire quant à la portée des observations qu'un tribunal administratif peut faire à l'occasion du contrôle judiciaire de sa propre décision devrait être fondé sur les éléments suivants : une prise en compte des questions qui seront soulevées devant la cour de révision; une appréciation de la pertinence et de l'utilité des observations que le tribunal administratif se propose de faire par rapport à la décision à rendre au sujet de ces questions; et un examen de la question de savoir si les observations que le tribunal administratif se propose de formuler contreviendraient aux principes du caractère définitif et de l'impartialité. Le détail des observations ne devrait pas aller à l'encontre des principes de pertinence, d'utilité, du caractère définitif et d'impartialité.

Nombre de facteurs, dont le fait que le défendeur se représentait lui-même, justifiaient l'intervention de la Commission à l'égard de certaines questions. Si elle restreint indûment le degré d'intervention de la Commission, la Cour risque de se priver de certaines observations pertinentes et utiles. La tâche consistant à interpréter les pouvoirs que la Loi confère à la Commission et le degré d'intervention de la Commission n'étaient pas aussi limités que le demandeur le soutenait. Les observations formulées par la Commission sur ces questions étaient pertinentes et utiles et ne susciteraient pas de préoccupations au sujet du respect des principes du caractère définitif et de l'impartialité, pour autant qu'elles aient été formulées avec circonspection et prudence. La Commission pourrait donc examiner les conséquences possibles de la décision de faire droit à la demande de contrôle judiciaire. Cependant, la Cour a interdit à la Commission de faire valoir qu'elle avait adopté le moyen le moins attentatoire pour vérifier l'existence du privilège revendiqué sans y porter atteinte, s'agissant d'une façon pour la Commission de chercher à justifier sa décision en invoquant uniquement son bien-fondé ou à compléter ses motifs écrits, contrairement aux principes du respect du caractère définitif et de l'impartialité. Enfin, la Cour a aussi interdit à la Commission de tenter de modifier, de changer, de nuancer

ou de compléter les motifs de la décision qu'elle a rendue. Compte tenu de la description plutôt vague et générale offerte par la Commission au sujet de ses observations à cet égard, il y avait un risque que ses observations puissent porter atteinte aux principes du caractère définitif et de l'impartialité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 53, 109, 369.
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2, s. 51 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 274).

CASES CITED

APPLIED:

Children's Lawyer for Ontario v. Goodis, 2005 CanLII 11786, 75 O.R. (3d) 309, 253 D.L.R. (4th) 489, 29 Admin. L.R. (4th) 86 (C.A.).

CONSIDERED:

Chrétien v. Canada (Attorney General), 2005 FC 591, 29 Admin. L.R. (4th) 195, 273 F.T.R. 219; *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 12 A.R. 449, 89 D.L.R. (3d) 161; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council*, 1988 CanLII 2812, 26 B.C.L.R. (2d) 145, 32 Admin. L.R. 78 (C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1.

REFERRED TO:

Chandler v. Alberta Association of Architects, [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 101 A.R. 321, 62 D.L.R. (4th) 577; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, 315 D.L.R. (4th) 434, 99 Admin. L.R. (4th) 1; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27 (CanLII), 249 N.B.R. (2d) 93, 39 Admin. L.R. (3d) 1, 80 C.L.R.B.R. (2d) 107 (C.A.); *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586, (1990), 68 D.L.R. (4th) 699, 43 Admin. L.R. 18 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 2 S.C.R. v; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 267, 40 Imm. L.R. (3d) 161, 327 N.R. 253, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 1 S.C.R. xi; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, 1998 CanLII 8275 (F.C.A.); *CAIMAW v. Paccar of*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, art. 51 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 274).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 53, 109, 369.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Children's Lawyer for Ontario v. Goodis, 2005 CanLII 11786, 75 O.R. (3d) 309, 253 D.L.R. (4th) 489, 29 Admin. L.R. (4th) 86 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Chrétien c. Canada (Procureur général), 2005 CF 591; *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684; *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council*, 1988 CanLII 2812, 26 B.C.L.R. (2d) 145, 32 Admin. L.R. 78 (C.A.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

DÉCISIONS CITÉES :

Chandler c. Alberta Association of Architects, [1989] 2 R.C.S. 848; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.* (2002), 249 R.N.-B. (2^e) 93 (C.A.); *Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1990] 2 R.C.S. v; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 267, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] 1 R.C.S. xi; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, 1998 CanLII 8275 (C.A.F.); *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] 2 R.C.S. vi; *Air Canada c. Canada (Office*

Canada Ltd., [1989] 2 S.C.R. 983, (1989), 62 D.L.R. (4th) 437, [1989] 6 W.W.R. 673; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, 260 D.L.R. (4th) 45, 338 N.R. 268, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 2 S.C.R. vi; *Air Canada v. Canada (Canadian Transportation Agency)*, 2008 FCA 168, 82 Admin. L.R. (4th) 225, 378 N.R. 217; *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Tribunal)* (1994), 19 Admin. L.R. (2d) 69, 76 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, 2003 FCA 123.

AUTHORS CITED

Jacobs, Laverne A. and Thomas S. Kuttner. “Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts” (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

MOTION by the Public Service Labour Relations Board seeking intervener status, pursuant to rule 109 of the *Federal Courts Rules*, in an application for judicial review of the Board’s decision (2009 PSLRB 104) ordering that the applicant provide an affidavit describing the contents of a document and the reasons why the document is protected by solicitor-client privilege. Motion granted.

WRITTEN REPRESENTATIONS

Pierre Hamel for proposed intervener.
Caroline E. M. Engmann for applicant.

SOLICITORS OF RECORD

Public Service Labour Relations Board, Ottawa, for proposed intervener.
Deputy Attorney General of Canada for applicant.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] STRATAS J.A.: This application for judicial review concerns a decision made by the Public Service Labour Relations Board. The Board has brought a motion

des transports du Canada), 2008 CAF 168; *Canada (Procureur général) c. Canada (Tribunal des droits de la personne)*, [1994] A.C.F. n° 300 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, 2003 CAF 123.

DOCTRINE CITÉE

Jacobs, Laverne A. et Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 *R. du B. can.* 616.
Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

REQUÊTE de la Commission des relations de travail dans la fonction publique visant à obtenir l’autorisation d’intervenir, en vertu de la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire de la décision (2009 CRTFP 104) par laquelle la Commission a ordonné au demandeur de soumettre un affidavit précisant le contenu d’un document et exposant les raisons pour lesquelles ce document était protégé par le secret professionnel de l’avocat. Requête accueillie.

OBSERVATIONS ÉCRITES

Pierre Hamel pour l’intervenante proposée.
Caroline E. M. Engmann pour le demandeur.

AVOCATS INCRITS AU DOSSIER

Commission des relations de travail dans la fonction publique, Ottawa, pour l’intervenante proposée.
Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Ce qui suit est la version française des motifs de l’ordonnance rendus par

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La présente demande de contrôle judiciaire concerne une décision rendue par la Commission des relations de travail dans la fonction

seeking leave to intervene under rule 109 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

[2] The applicant, the Attorney General of Canada, concedes that the Board has a right to intervene in this application. This is an appropriate concession. Under the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, the Board has a statutory right to intervene [s. 51 (as am. by S.C. 2003, c. 22, s. 274)]:

Orders not to be reviewed by court **51.** (1) Subject to this Part, every order or decision of the Board is final and may not be questioned or reviewed in any court, except in accordance with the *Federal Courts Act* on the grounds referred to in paragraph 18.1(4)(a), (b) or (e) of that Act.

Standing of Board (2) The Board has standing to appear in proceedings referred to in subsection (1) for the purpose of making submissions regarding the standard of review to be used with respect to decisions of the Board and the Board's jurisdiction, policies and procedures.

[3] Accordingly, the Board will be granted leave to intervene in this judicial review proceeding.

A. *The central issue in this motion: what limits should be placed on the arguments to be made by the Board?*

[4] The Board requests only the right to file an intervenor's memorandum of fact and law. But what arguments can the Board make in that memorandum? The Board recognizes that it has already spoken in its decision and, as a result, it should be subject to limits on what it can say in the judicial review of that decision. However, the Board and the Attorney General of Canada disagree on how far those limits should go.

publique. La Commission a saisi la Cour d'une requête visant à obtenir l'autorisation d'intervenir en vertu de la règle 109 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[2] Le demandeur, le procureur général du Canada, admet avec raison que la Commission a le droit d'intervenir dans la présente demande. La *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 2, reconnaît à la Commission le droit légal d'intervenir [art. 51 (mod. par L.C. 2003, ch. 22, art. 274)]:

51. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les ordonnances et les décisions de la Commission sont définitives et ne sont susceptibles de contestation ou de révision par voie judiciaire qu'en conformité avec la *Loi sur les Cours fédérales* et pour les motifs visés aux alinéas 18.1(4)a), b) ou e) de cette loi.

(2) La Commission a qualité pour comparaître dans les procédures visées au paragraphe (1) pour présenter ses observations à l'égard de la norme de contrôle judiciaire applicable à ses décisions ou à l'égard de sa compétence, de ses procédures et de ses lignes directrices.

[3] En conséquence, la Commission se verra accorder l'autorisation d'intervenir dans la présente instance en contrôle judiciaire.

A. *La question centrale dans la présente requête : quelles limites doit-on imposer aux arguments que la Commission peut présenter?*

[4] La Commission ne réclame que le droit de déposer un mémoire des faits et du droit d'un intervenant. Mais quels arguments la Commission peut-elle présenter dans ce mémoire? La Commission reconnaît qu'elle a déjà parlé dans sa décision et qu'il y a lieu de baliser ce qu'elle peut dire à l'occasion du contrôle judiciaire de cette décision. La Commission et le procureur général du Canada ne s'entendent cependant pas sur l'ampleur des limites qui devraient être imposées.

Impossibilité de révision par un tribunal

Qualité de la Commission

B. The issues in this application for judicial review

[5] This judicial review concerns a decision that the Board made during a hearing into an unfair labour practice complaint: 2009 PSLRB 104 [*Quadrini v. Canada Revenue Agency and Hillier*]. Mr. Quadrini made the complaint against the Canada Revenue Agency and one of its assistant commissioners.

[6] During the hearing, Mr. Quadrini sought disclosure of a particular document. The Canada Revenue Agency and the assistant commissioner refused to disclose it. They submitted that the document was protected by solicitor-client privilege. Further, they submitted that the Board has neither the power to investigate whether the document is subject to solicitor-client privilege nor the power to order that the document be disclosed.

[7] The Board rejected these submissions. It ordered that the Canada Revenue Agency and the assistant commissioner provide the Board with an affidavit describing the contents of the document and the reasons why the document is privileged.

[8] In this judicial review, the Attorney General seeks to set aside the Board's order, making submissions similar to those that the Canada Revenue Agency and the assistant commissioner made to the Board. The only respondent is Mr. Quadrini, who is not presently represented by counsel. Mr. Quadrini did not make any submissions on this motion.

C. The Board's submissions on this motion

[9] The Board asks only to file written submissions in the judicial review. It says that its submissions, informed by its specialized knowledge and expertise, will assist this Court. It also says that this Court's decision in the judicial review will directly affect the Board's practice and procedure. It adds that, at present, no party before this Court will present the Board's "unique point of view".

B. Questions en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire

[5] Le présent contrôle judiciaire porte sur une décision rendue par la Commission à l'issue d'une audience relative à une plainte de pratique déloyale de travail (2009 CRTFP 104 [*Quadrini c. Agence du revenu du Canada et Hillier*]). La plainte de M. Quadrini visait l'Agence du revenu du Canada ainsi que l'un de ses sous-commissaires.

[6] À l'audience, M. Quadrini a réclamé la communication d'un document que l'Agence du revenu du Canada et le sous-commissaire ont refusé de lui communiquer au motif que ce document était protégé par le secret professionnel de l'avocat et que la Commission n'avait ni le pouvoir de vérifier si le document était protégé par le secret professionnel de l'avocat ni celui d'en ordonner la divulgation.

[7] La Commission a rejeté ces arguments. Elle a ordonné à l'Agence du revenu du Canada et au sous-commissaire de soumettre à la Commission un affidavit précisant la nature du contenu du document et exposant les raisons pour lesquelles il était privilégié.

[8] Dans la présente demande de contrôle judiciaire, le procureur général cherche à faire annuler l'ordonnance de la Commission en invoquant des arguments semblables à ceux que l'Agence du revenu du Canada et le sous-commissaire ont fait valoir devant la Commission. Le seul défendeur est M. Quadrini et il n'est pas représenté par un avocat pour le moment. M. Quadrini n'a pas présenté d'observations au sujet de la présente requête.

C. Observations de la Commission sur la présente requête

[9] La Commission demande seulement d'être autorisée à déposer des observations écrites dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire. Elle affirme que ses observations, éclairées par ses connaissances et sa compétence spécialisées, aideront la Cour. Elle explique également que la décision que la Cour rendra à l'issue de la présente instance en contrôle judiciaire aura une incidence

[10] As for the Board’s “unique point of view”, the Board says very little and at an unhelpful level of generality. In its notice of motion, the Board proposes to make submissions in the judicial review on “the appropriate procedure to deal with a claim of solicitor-client privilege” and “the importance of efficient rules of procedure to the functioning of the Board”. It gives no explanation of the relevance of these submissions to the judicial review, contrary to subsection 109(2) [of the Rules].

[11] In its written submissions in support of its motion, the Board says that it will “clarify exactly what is at issue before the Court in this matter” but it is silent about exactly what clarification is needed. It says that it does not agree with all of the legal positions taken by the Attorney General of Canada but it is silent about what the issues of disagreement are. The most particular statements offered by the Board about the proposed submissions are as follows:

- (a) “procedural considerations need to be taken into account in deciding how a quasi-judicial tribunal should deal with a claim of solicitor-client privilege”;
- (b) “there is a public interest” in the “expeditious resolution of the issues that arise before the Board”;
- (c) Board proceedings should not be interrupted while privilege issues are dealt with elsewhere, with resulting costs and delays;

directe sur la pratique et la procédure de la Commission. Elle ajoute que, pour le moment, aucune des parties à l’instance ne pourra présenter [TRADUCTION] « le point de vue unique » de la Commission.

[10] Pour ce qui est de son « point de vue unique », la Commission est plutôt laconique et s’en tient à des généralités, ce qui nous est de peu d’utilité. Dans son avis de requête, la Commission se propose de formuler des observations dans le cadre de l’instance en contrôle judiciaire au sujet de [TRADUCTION] « la procédure appropriée à suivre pour se prononcer sur une revendication de privilège du secret professionnel de l’avocat » et sur [TRADUCTION] « l’importance que revêt pour le bon fonctionnement de la Commission l’existence de règles de procédure efficaces ». Elle n’explique pas en quoi ces observations pourraient aider la Cour à trancher la présente demande de contrôle judiciaire, contrairement au paragraphe 109(2) des Règles.

[11] Dans les observations écrites qu’elle a soumises à l’appui de sa requête, la Commission affirme qu’elle expliquera [TRADUCTION] « la nature exacte de la question en litige devant la Cour dans la présente affaire », mais elle ne fournit aucune indication au sujet de la nature exacte des éclaircissements nécessaires. Elle déclare qu’elle ne souscrit pas à tous les moyens de droit avancés par le procureur général du Canada, mais elle demeure muette sur les points de désaccord. Voici les déclarations les plus précises qu’offre la Commission au sujet des observations proposées :

- a) Il faut tenir compte de facteurs d’ordre procédural pour décider quelle suite un tribunal quasi judiciaire devrait donner à une revendication de privilège du secret professionnel de l’avocat;
- b) Il est dans l’intérêt du public que les questions soumises à la Commission soient tranchées rapidement;
- c) Pour éviter des frais et des délais, les instances qui se déroulent devant la Commission ne devraient pas être interrompues pendant que des questions de privilèges sont examinées ailleurs;

(d) in its order, the Board adopted the least intrusive means to investigate the existence of the privilege without breaching it; and

(e) the manner in which the Board handles solicitor-client issues will have a direct impact on the Board's operations and procedures.

[12] The Board has not asked to respond to the legal submissions made by the Attorney General of Canada concerning the standard of review, and whether the decision of the Board should be quashed on the basis of that standard of review. Further, putting aside the matters described above, the Board has not asked to address in a broad way the legal issue of whether it had the express or implied power to do what it did.

D. The response of the Attorney General of Canada

[13] Noting the lack of particularity in the Board's proposed submissions, the Attorney General of Canada warns that the Board may seek in this judicial review to defend the correctness of its decision, enter deeply into the merits of the decision, and supplement the reasons for decision that it has already given. It adds that the sole issue in this judicial review is one of statutory interpretation, suggesting that many of the Board's proposed submissions are irrelevant or not useful. It says that the legal principles that govern the scope of intervention by tribunals require that the Board's participation in this judicial review be significantly restricted. On its view of the legal principles, it says that the Board should be allowed only to attend at the hearing to respond to any technical questions posed by the Court concerning the Board's jurisdiction and procedures.

d) Dans son ordonnance, la Commission a adopté le moyen le moins attentatoire pour vérifier l'existence du privilège revendiqué sans y porter atteinte;

e) La façon dont la Commission traite des questions ayant trait au secret professionnel de l'avocat aura un impact direct sur le fonctionnement et sur la procédure de la Commission.

[12] La Commission n'a pas demandé de pouvoir répondre aux arguments juridiques formulés par le procureur général du Canada au sujet du contrôle judiciaire ou à la question de savoir si la décision de la Commission devrait être annulée sur le fondement de cette norme de contrôle. De plus, faisant abstraction des questions susmentionnées, la Commission n'a pas demandé de pouvoir aborder de façon générale la question juridique de savoir si elle avait expressément ou implicitement le pouvoir d'agir comme elle l'a fait.

D. Réponse du procureur général du Canada

[13] Signalant le caractère vague des observations que la Commission se propose de formuler, le procureur général du Canada explique qu'il craint que la Commission ne cherche, dans le cadre du présent contrôle judiciaire, à défendre la justesse de sa décision, à examiner en profondeur le bien-fondé de sa décision et à ajouter de nouveaux motifs pour justifier une décision qu'elle a déjà rendue. Il ajoute que la seule question en litige dans le cadre du présent contrôle judiciaire est une question d'interprétation des lois, laissant entendre que bon nombre des observations proposées par la Commission ne sont ni pertinentes ni utiles. Il affirme que les principes juridiques qui régissent le degré d'intervention des tribunaux administratifs exigent que la participation de la Commission au présent contrôle judiciaire soit considérablement limitée. Suivant son interprétation des principes juridiques applicables, la Commission ne devrait selon lui être autorisée à participer à l'audience que pour répondre aux questions techniques posées par la Cour au sujet de la compétence et de la procédure de la Commission.

E. The legal principles that govern the scope of intervention by tribunals

(1) Subsection 51(2) of the Act

[14] Subsection 51(2) of the Act, set out above, allows the tribunal to make submissions regarding “the standard of review to be used with respect to decisions of the Board and the Board’s jurisdiction, policies and procedures.” Existing alongside subsection 51(2) of the Act are two common law restrictions on the scope of the submissions a tribunal can make in a judicial review proceeding. The words of subsection 51(2) do not oust these two common law restrictions.

(2) The common law restrictions on the scope of the submissions a tribunal can make on judicial review

[15] The first restriction is common to all parties in applications for judicial review: the submissions must be relevant to the issues in the judicial review and useful to the Court. Useful includes the concept that the intervenor will do more than simply restate what others will be arguing, for example, by assisting “the Court by bringing an additional or a different perspective to the proceeding”: *Chrétien v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 591, 29 Admin. L.R. (4th) 195, at paragraph 19, *per* Prothonotary Aronovitch. This Court can enforce standards of relevance and usefulness based on its power to control its own processes and on rule 109.

[16] The second restriction aims at careful regulation of the tribunal when it appears as a party or as an intervenor on judicial review. This careful regulation is grounded on two fundamental principles in the common law:

(a) *The principle of finality.* Once a tribunal has decided the issues before it and has provided reasons for decision, absent a power to vary its decision or rehear the

E. Principes juridiques qui régissent le degré d’intervention des tribunaux administratifs

1) Paragraphe 51(2) de la Loi

[14] Le paragraphe 51(2) précité de la Loi permet au tribunal administratif de présenter ses observations à l’égard de la « norme de contrôle judiciaire applicable à ses décisions ou à l’égard de sa compétence, de ses procédures et de ses lignes directrices ». Parallèlement au paragraphe 51(2) de la Loi, la common law prévoit deux restrictions à la portée des observations qu’un tribunal administratif peut faire dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire. Le libellé du paragraphe 51(2) n’a pas pour effet d’écarter ces deux restrictions prévues par la common law.

2) Limites imposées par la common law à la portée des observations qu’un tribunal administratif peut présenter dans le cadre d’un contrôle judiciaire

[15] La première restriction est commune à toutes les parties dans le cas d’une demande de contrôle judiciaire : les observations doivent se rapporter aux questions en litige dans le contrôle judiciaire et être utiles pour la Cour. Par utile, on veut dire notamment que l’intervenant ne peut se contenter de reformuler ce que les autres parties feront valoir, mais qu’il doit « aider la Cour en apportant à l’instance une perspective additionnelle ou différente » (*Chrétien c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 591, au paragraphe 19, la protonotaire Aronovitch). Notre Cour peut veiller au respect des normes de pertinence et d’utilité sur le fondement de son pouvoir de contrôler sa propre procédure et de la règle 109.

[16] La seconde restriction porte sur l’encadrement rigoureux dont font l’objet les tribunaux administratifs lorsqu’ils interviennent comme parties ou comme intervenants dans le cadre d’un contrôle judiciaire. Cet encadrement rigoureux repose sur deux principes fondamentaux de common law :

a) *Le principe du caractère définitif.* Dès lors qu’il a tranché les questions dont il était saisi et qu’il a motivé sa décision, le tribunal administratif s’est prononcé de

matter, it has spoken finally on the matter and its job is done: *Chandler v. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 S.C.R. 848. A judicial review is not an opportunity for the tribunal to amend, vary, qualify or supplement its reasons. Accordingly, attempts by the tribunal to speak further by making submissions in the judicial review have to be carefully regulated.

(b) *The principle of impartiality.* When a court allows an application for judicial review, it has a broad discretion in the selection and design of remedies: *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6. One remedy, quite common, is to remit the matter back to the tribunal for redetermination. If that happens, the tribunal must redetermine the matter, and appear to redetermine it, impartially, with an open mind. Submissions by the tribunal in a judicial review proceeding that descend too far, too intensely, or too aggressively into the merits of the matter before the tribunal may disable the tribunal from conducting an impartial redetermination of the merits later. Further, such submissions by the tribunal can erode the tribunal's reputation for evenhandedness and decrease public confidence in the fairness of our system of administrative justice. In the classic words of the Supreme Court of Canada in *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton*, [1979] 1 S.C.R. 684, at page 709:

Such active and even aggressive participation can have no other effect than to discredit the impartiality of an administrative tribunal either in the case where the matter is referred back to it, or in future proceedings involving similar interests and issues or the same parties. The Board is given a clear opportunity to make its point in its reasons for its decision, and it abuses one's notion of propriety to countenance its participation as a full-fledged litigant in this Court, in complete adversarial confrontation with one of the principals in the contest before the Board itself in the first instance.

façon définitive sur la question et son travail est terminé, à moins qu'il ne soit investi du pouvoir de modifier sa décision ou d'entendre à nouveau l'affaire (*Chandler c. Alberta Association of Architects*, [1989] 2 R.C.S. 848). Le tribunal administratif ne peut profiter d'une instance en contrôle judiciaire pour modifier, changer, nuancer ou compléter ses motifs. En conséquence, les tentatives d'un tribunal administratif en vue de prendre de nouveau la parole en formulant des observations dans le cadre d'un contrôle judiciaire doivent être rigoureusement encadrées.

b) *Le principe de l'impartialité.* Lorsqu'elle fait droit à une demande de contrôle judiciaire, une juridiction dispose d'une grande latitude en ce qui concerne le choix et la conception des réparations (*MiningWatch Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6). Une des réparations les plus courantes consiste à renvoyer l'affaire au tribunal administratif pour qu'il rende une nouvelle décision. En pareil cas, le tribunal administratif doit examiner de nouveau l'affaire et être perçu comme l'examinant de nouveau avec impartialité et un esprit ouvert. Les observations que le tribunal administratif présente dans une instance en contrôle judiciaire et qui plongent trop loin, trop intensément ou trop énergiquement dans le bien-fondé de l'affaire soumise au tribunal administratif risquent d'empêcher celui-ci de procéder par la suite à un réexamen impartial du bien-fondé de l'affaire. De plus, de telles observations du tribunal administratif sont susceptibles de miner sa réputation d'impartialité et d'entamer la confiance du public envers l'équité de notre système de justice administrative. Pour reprendre la formule classique employée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton*, [1979] 1 R.C.S. 684, à la page 709 :

Une participation aussi active ne peut que jeter le discrédit sur l'impartialité d'un tribunal administratif lorsque l'affaire lui est renvoyée ou lorsqu'il est saisi d'autres procédures concernant des intérêts et des questions semblables ou impliquant les mêmes parties. La Commission a tout le loisir de s'expliquer dans ses motifs de jugement et elle a enfreint de façon inacceptable la réserve dont elle aurait dû faire preuve lorsqu'elle a participé aux procédures comme partie à part entière, en opposition directe à une partie au litige dont elle avait eu à connaître en première instance.

[17] In engaging in careful regulation based on the principles of finality and impartiality, courts have made a number of general statements. For example, tribunals should not make submissions to the reviewing court that, in substance, amend, vary, qualify or supplement the reasons for decision of the tribunal: *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27 (CanLII), 249 N.B.R. (2d) 93, at paragraphs 26 and 33. Courts should not allow tribunals to participate in judicial reviews when they bring to bear no particular expertise on the issue, when their jurisdiction and power is not in issue, and when they have had ample opportunity to express themselves in their reasons: *Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374*, [1990] 2 F.C. 586 (C.A.), at pages 589–591, 597, leave to appeal to the S.C.C. refused, [1990] 2 S.C.R. v. Tribunals should not descend into the merits of the case or make arguments that go to the heart of the litigation stemming from their decisions: *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 267, 40 Imm. L.R. (3d) 161, at paragraph 5, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 1 S.C.R. xi; *Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada*, 1998 CanLII 8275 (F.C.A.). However, tribunals can make submissions on judicial review about whether they had jurisdiction to make their decisions and what the appropriate standard of review should be: *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Northwestern Utilities*, above, at page 709. Further, tribunals can make submissions explaining the evidentiary record or the procedures that they followed: *Paccar*, above; *Northwestern Utilities*, above, at page 709; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, at paragraph 65, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 2 S.C.R. vi. Finally, some courts have recognized that where a tribunal's submissions are necessary and useful, and there are no other concerns about the tribunal's participation, the tribunal can be allowed to review the evidence in the case with a view to showing that its decision should be upheld as reasonable: *Children's Lawyer for Ontario v. Goodis* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.), at paragraphs 21 to 24; *Paccar*, above, at page 1016. Often "the tribunal is in the best position to draw the attention of the court to those considerations, rooted in the specialized jurisdiction or expertise of the tribunal, which

[17] Pour assurer un encadrement rigoureux qui respecte le principe du caractère définitif et celui de l'impartialité, les cours ont formulé un certain nombre d'énoncés généraux. Par exemple, les tribunaux administratifs ne devraient pas formuler devant la juridiction de révision des observations qui ont en fait pour effet de modifier, de changer, de nuancer ou de compléter les motifs de la décision du tribunal administratif (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.* (2002), 249 R.N.-B. (2^e) 93 (C.A.), aux paragraphes 26 et 33). Les cours ne devraient pas permettre aux tribunaux administratifs de participer à des instances en contrôle judiciaire lorsqu'ils ne possèdent aucune expertise particulière sur la question, lorsque leur compétence et leurs pouvoirs ne sont pas en cause et lorsqu'ils ont eu amplement l'occasion de s'exprimer dans les motifs de leur décision (*Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374*, [1990] 2 C.F. 586 (C.A.), aux pages 589 à 591 et 597, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1990] 2 R.C.S. v). Un tribunal administratif ne devrait pas se prononcer sur le fond de l'affaire ou présenter des arguments qui vont au cœur du litige découlant de la décision qu'il a rendue (*Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 267, au paragraphe 5, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2005] 1 R.C.S. xi; *Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, 1998 CanLII 8275 (C.A.F.)). Les tribunaux administratifs peuvent toutefois formuler des observations dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire sur la question de savoir s'ils étaient compétents pour rendre leur décision et sur la question de la norme de contrôle judiciaire appropriée (*CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Northwestern Utilities*, précité, à la page 709). De plus, les tribunaux administratifs peuvent formuler des observations pour expliquer la preuve ou la procédure qu'ils ont suivie (*Paccar*, précité; *Northwestern Utilities*, précité, à la page 709; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, au paragraphe 65, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2007] 2 R.C.S. vi). Enfin, certaines cours ont reconnu que, lorsque les observations du tribunal administratif sont nécessaires et utiles et qu'il n'y a pas d'autres réserves au sujet de sa participation, le tribunal administratif peut être autorisé à passer en revue la preuve versée au dossier en vue de

may render reasonable what would otherwise appear unreasonable to someone not versed in the intricacies of the specialized area”: *B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.) [at page 153], cited with approval in *Paccar*, above, at page 1016.

[18] However, these general statements have to be seen, and increasingly are seen, not as hard and fast rules but rather as exercises of discretion based on particular circumstances. A couple of examples illustrate this:

(a) As we have seen in paragraph 17, above, some courts have ruled that a tribunal, defending its decision under reasonableness review, can come close to or touch on the merits by discussing the evidence and the conclusions that the tribunal could reasonably draw from the evidence. But later cases show that this is not a hard and fast rule. On occasion, courts have found that tribunals have descended too far into the task of defending the substantive merits of the administrative case, offending the principles of finality and impartiality: see, for example, the concerns expressed by my colleague, Justice Pelletier, in *Air Canada v. Canada (Canadian Transportation Agency)*, 2008 FCA 168, 82 Admin L.R. (4th) 225, at paragraph 11, and see also *United Brotherhood*, above, at paragraph 31.

(b) There is further difficulty associated with a tribunal defending its decision under reasonableness review. The Supreme Court has told us that a decision can be upheld on the basis of the “reasons . . . which could be offered in support of a decision” and not just on the basis of the reasons themselves: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 48.

démontrer que sa décision devrait être confirmée parce qu’elle est raisonnable (*Children’s Lawyer for Ontario v. Goodis* (2005), 75 O.R. (3d) 309 (C.A.), aux paragraphes 21 à 24; *Paccar*, précité, à la page 1016). Souvent, le tribunal administratif [TRADUCTION] « est le mieux placé pour attirer l’attention de la cour sur les considérations, enracinées dans la compétence ou les connaissances spécialisées du tribunal, qui peuvent rendre raisonnable ce qui autrement paraîtrait déraisonnable à quelqu’un qui n’est pas versé dans les complexités de ce domaine spécialisé » (*B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council* (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 145 (C.A.) [à la page 153], cité et approuvé dans l’arrêt *Paccar*, précité, à la page 1016).

[18] Cependant, ces énoncés généraux ne doivent pas être considérés — et sont de moins en moins considérés — comme des règles absolues, mais plutôt comme l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire influencé par les circonstances de l’espèce. Voici deux exemples qui l’illustrent bien :

a) Comme nous venons de le voir au paragraphe 17, précité, certaines juridictions ont jugé que le tribunal administratif qui défend sa décision dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable de sa décision peut en aborder le bien-fondé en discutant de la preuve et des conclusions que la preuve lui permettrait raisonnablement de tirer. Il ressort toutefois de la jurisprudence ultérieure qu’il ne s’agit pas là d’une règle absolue. À l’occasion, les cours ont conclu que les tribunaux administratifs s’étaient trop avancés dans leur tentative de défendre le bien-fondé du dossier administratif, contrevenant ainsi aux principes du caractère définitif et de l’impartialité (voir, par exemple, les réserves exprimées par mon collègue le juge Pelletier, dans l’arrêt *Air Canada c. Canada (Office des transports du Canada)*, 2008 CAF 168, au paragraphe 11, et voir également l’arrêt *Fraternité unie*, précité, au paragraphe 31).

b) Le fait que le tribunal administratif défend sa décision dans le cadre du contrôle du caractère raisonnable de sa décision crée un autre problème. La Cour suprême nous enseigne qu’il est possible de confirmer une décision en se fondant, non pas exclusivement sur les motifs eux-mêmes, mais aussi sur les « motifs [...] qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (*Dunsmuir*

Submissions by a tribunal about what reasons could have been offered by the tribunal come dangerously close to amending, varying, qualifying or supplementing the reasons for its decision, thereby offending the finality principle. Courts, using their discretion, will have to impose limits on just how far a tribunal can go, if at all, with this sort of submission.

[19] I note that the Court of Appeal for Ontario in *Children's Lawyer for Ontario*, above, has held that the general statements in the case law are not hard and fast rules, and that this is an area for the exercise of judicial discretion. That Court regarded previously decided cases "as sources of the fundamental considerations that should inform the court's discretion in the context of a particular case" rather than as "a set of fixed rules": *Children's Lawyer for Ontario*, above, at paragraphs 35 and 43; *Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Tribunal)* (1994), 19 Admin. L.R. (2d) 69 (F.C.T.D.), at paragraph 49; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto: Irwin Law, 2001), at page 459.

[20] I agree with this approach. In my view, the discretion as to the permissible scope of a tribunal's submissions on a judicial review of its own decision should be based on:

(a) an appreciation of the issues that will arise in the reviewing court;

(b) an assessment of the relevance and usefulness of the tribunal's proposed submissions to the determination of those issues; and

c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 48). En présentant des observations au sujet des motifs qu'il aurait pu offrir, le tribunal administratif s'approche dangereusement de ce que nous avons déjà évoqué, à savoir modifier, changer, nuancer ou compléter les motifs de sa décision, contrevenant ainsi au principe du caractère définitif des décisions. Exerçant leur pouvoir discrétionnaire, les cours doivent imposer des limites pour savoir jusqu'où un tribunal administratif peut aller avec ce genre d'argument, en supposant même qu'il puisse le faire.

[19] Je relève que, dans l'arrêt *Children's Lawyer for Ontario*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les énoncés généraux que l'on trouve dans la jurisprudence ne constituent pas des règles absolues et qu'il s'agit d'un domaine qui relève du pouvoir judiciaire discrétionnaire. La Cour d'appel de l'Ontario considérait la jurisprudence antérieure [TRADUCTION] « comme une source dont on peut s'inspirer pour y puiser les considérations fondamentales dont la Cour devrait tenir compte lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire dans le contexte d'une affaire déterminée », et non [TRADUCTION] « comme une série de règles immuables » (*Children's Lawyer for Ontario*, précité, aux paragraphes 35 et 43; *Canada (Procureur général) c. Canada (Tribunal des droits de la personne)*, [1994] A.C.F. n° 300 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 49; David J. Mullan, *Administrative Law* (Toronto : Irwin Law, 2001), à la page 459).

[20] Je souscris à cette approche. À mon avis, l'exercice du pouvoir discrétionnaire quant à la portée des observations qu'un tribunal administratif peut faire à l'occasion du contrôle judiciaire de sa propre décision devrait être fondé sur les éléments suivants :

a) une prise en compte des questions qui seront soulevées devant la cour de révision;

b) une appréciation de la pertinence et de l'utilité des observations que le tribunal administratif se propose de faire par rapport à la décision à rendre au sujet de ces questions;

(c) a consideration of whether, and the extent to which, the principles of finality and impartiality will be offended by the tribunal's proposed submissions.

The Court's exercise of discretion will also be guided by the cases summarized in paragraph 17, above, and other previously decided cases. These cases serve as examples of prudent regulation of the particular circumstances before them, based upon the principles of relevance, usefulness, finality and impartiality.

[21] It is neither necessary nor advisable at this time to enumerate all of the factors that might be relevant to this discretionary assessment and when particular factors should receive significant weight; these will emerge from future decisions involving particular circumstances. However, like the Court of Appeal for Ontario in *Children's Lawyer for Ontario*, above, I found the discussion of various factors in Mullan, above, at pages 452–460 and Laverne A. Jacobs and Thomas S. Kuttner, "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 *Can. Bar Rev.* 616 to be illuminating.

[22] The tribunal seeking to intervene must assist the Court in its discretionary assessment. The Court must have a fairly detailed description of the submissions that the tribunal proposes to advance and how they will assist the determination of the factual or legal issues in the judicial review. Subsection 109(2) [of the Rules] requires that this be stated in the notice of motion for intervention. Vague or sweeping descriptions of the intended submissions can create concerns that the tribunal will go too far, prompting the court to impose restrictions. In some cases, the descriptions of the proposed submissions can be so inadequate that the court has no choice but to refuse intervention: *Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology*, 2003 FCA 123, at paragraphs 5–7.

c) un examen de la question de savoir si, et dans quelle mesure, les observations que le tribunal administratif se propose de formuler contreviendraient aux principes du caractère définitif et de l'impartialité.

Pour exercer son pouvoir discrétionnaire, la Cour s'inspirera également de la jurisprudence résumée au paragraphe 17, précité, ainsi que sur d'autres décisions antérieures. La jurisprudence sert d'exemple d'encadrement prudent fondé sur les circonstances de chaque espèce, le tout sur le fondement des principes de pertinence, d'utilité, de respect du caractère définitif et d'impartialité.

[21] Il n'est ni nécessaire ni souhaitable à ce moment-ci d'énumérer tous les facteurs qui pourraient être pertinents pour procéder à cette appréciation discrétionnaire ni de préciser dans quels cas il conviendrait d'accorder une grande importance à certains de ces facteurs. Les décisions qui seront rendues permettront peu à peu de dégager ces facteurs à la lumière des circonstances de chaque espèce. Toutefois, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Children's Lawyer for Ontario*, précité, je trouve éclairante l'analyse des divers facteurs que proposent Mullan, précité, aux pages 452 à 460, et Laverne A. Jacobs et Thomas S. Kuttner, dans leur article « Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts », publié à (2002), 81 *R. du B. can.* 616.

[22] Le tribunal administratif qui cherche à intervenir doit aider la Cour dans son appréciation discrétionnaire. La Cour doit pouvoir compter sur un aperçu assez détaillé des observations que le tribunal administratif se propose de soumettre et de la façon dont elles l'aideront à trancher les questions de fait ou de droit soulevées dans le cadre du contrôle judiciaire. Le paragraphe 109(2) [des Règles] exige que l'intervenant fournisse ces précisions dans son avis de requête en intervention. Des descriptions vagues ou générales par le tribunal administratif des observations qu'il entend soumettre peuvent faire craindre qu'il aille trop loin et inciter la Cour à imposer des restrictions. Dans certains cas, les descriptions des observations proposées peuvent être à ce point inadéquates que la Cour n'a d'autre choix que de refuser

[23] The Court will need the tribunal's assistance in another respect. In trying to define in advance of the hearing the extent of the tribunal's participation, the Court can only provide general limits. It cannot descend much into specifics. Therefore, counsel to the tribunal, crafting the specifics of the tribunal's submissions, not only should obey the general limits set by the Court but also should try to ensure that the detail of the submissions do not offend the rationales behind those limits, namely the principles of relevance, usefulness, finality and impartiality. This calls for circumspection and prudence.

[24] Finally, it goes without saying that the panel of the Court at the oral hearing of the application for judicial review is the master of its own proceedings and can exercise its discretion concerning the propriety of the tribunal's submissions depending on the circumstances that present themselves in the courtroom.

F. Applying the legal principles to this case

[25] At the outset, this Court again notes that subsection 51(2) of the Act entitles the Board to intervene and speak to "the standard of review to be used with respect to decisions of the Board and the Board's jurisdiction, policies and procedures." As is evident from paragraphs 10 and 11, above, the Board has proposed a somewhat narrower level of participation than is possible under subsection 51(2). Further, this Court notes that the only party presently opposing the Attorney General of Canada in this judicial review proceeding is the respondent, Mr. Quadrini, and he does not have legal representation. If this Court unduly restricts the scope of the Board's intervention in this case, the Court may be deprived of the benefit of legal counsel articulating legal submissions that respond to the legal position of the Attorney General of Canada. Without the Board present

d'accorder l'intervention (*Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology*, 2003 CAF 123, aux paragraphes 5 à 7).

[23] La Cour aura besoin de l'aide du tribunal administratif à d'autres égards. Lorsqu'elle tente de définir avant l'ouverture de l'audience l'ampleur de la participation du tribunal administratif, la Cour ne peut offrir que de grandes orientations. Elle ne peut pas vraiment entrer dans les détails. Par conséquent, l'avocat du tribunal administratif, qui est chargé de concevoir en détail les observations du tribunal administratif, devrait non seulement respecter les limites générales fixées par la Cour, mais s'assurer aussi que le détail de ces observations ne va pas à l'encontre de la raison d'être de ces limites, à savoir les principes de pertinence, d'utilité, du caractère définitif et d'impartialité, ce qui l'oblige à faire preuve de circonspection et de prudence.

[24] Enfin, il va sans dire que la formation de la Cour qui est présente à l'audience de la demande de contrôle judiciaire est maître de sa propre procédure et qu'elle peut exercer son pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la régularité des observations du tribunal administratif à la lumière des circonstances qui se présentent à l'audience.

F. Application des principes juridiques à la présente affaire

[25] D'entrée de jeu, la Cour rappelle que le paragraphe 51(2) de la Loi donne à la Commission le droit d'intervenir pour présenter ses observations « à l'égard de la norme de contrôle judiciaire applicable à ses décisions ou à l'égard de sa compétence, de ses procédures et de ses lignes directrices ». Ainsi qu'il ressort des paragraphes 10 et 11 des présents motifs, la Commission a proposé un degré de participation un peu moins élevé que celui que permet le paragraphe 51(2). La Cour relève par ailleurs que la seule partie qui s'oppose présentement au procureur général du Canada dans la présente instance en contrôle judiciaire est le défendeur, M. Quadrini, et que ce dernier n'est pas représenté par un avocat. Si elle restreint indûment le degré d'intervention de la Commission en l'espèce, la Cour risque de se priver de l'avantage que comporte la présence d'un

before the Court, certain relevant and useful submissions may not be made. Finally, the interests and perspectives of the Board on the issues in this judicial review are quite different from those of the Attorney General of Canada. All of these factors support a relatively favourable response to the Board's motion. Therefore, there will be a number of matters on which the Board will be permitted to make submissions in this judicial review.

[26] In this proceeding, the Court will review the Board's decision that it has the power to rule on the existence of solicitor and client privilege and to order the disclosure of documents where necessary. Putting aside any standard of review issues, I agree with the Attorney General that this is primarily an issue of statutory interpretation. The Attorney General also seems to suggest that the task of interpreting the Board's powers under the statute is a relatively narrow one, involving an examination of the words in the statute. As a result, says the Attorney General, the scope of the Board's intervention should also be narrow.

[27] I do not accept this. In interpreting statutory provisions, this Court also examines the words of an Act "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26. In making submissions on these matters, often parties usefully explore the implications associated with particular interpretations and discuss whether those implications are consistent with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament. In my view, such submissions by the Board would be relevant and useful. Further, in the circumstances of this case, such submissions by the Board would not prompt concerns regarding the principles of finality and impartiality,

avocat qui formulerait des observations juridiques en réponse à la position en droit du procureur général du Canada. Si la Commission n'est pas présente devant la Cour, certaines observations pertinentes et utiles ne seront peut-être pas formulées. Enfin, l'intérêt et le point de vue de la Commission sur les questions en litige dans le présent contrôle judiciaire sont fort différents de ceux du procureur général du Canada. Tous ces facteurs militent en faveur d'une réponse relativement favorable à la requête de la Commission. La Cour permettra donc à la Commission de formuler des observations dans le présent contrôle judiciaire au sujet d'un certain nombre de questions.

[26] Dans la présente instance, la Cour se penchera sur la décision dans laquelle la Commission affirme qu'elle a le pouvoir de se prononcer sur l'existence du privilège du secret professionnel de l'avocat et qu'elle a le pouvoir d'ordonner au besoin la communication de documents. Faisant abstraction de toute question de contrôle judiciaire, je suis d'accord avec le procureur général pour dire qu'il s'agit principalement d'une question d'interprétation législative. Le procureur général semble également laisser entendre que la tâche consistant à interpréter les pouvoirs que la loi confère à la Commission est relativement restreinte et qu'elle n'implique qu'un examen du libellé de la loi. En conséquence, soutient le procureur général, le degré d'intervention de la Commission devrait lui aussi être limité.

[27] Je ne partage pas cet avis. Lorsqu'elle interprète des dispositions législatives, notre Cour examine aussi les termes de la loi [TRADUCTION] « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26). Il arrive souvent que, lorsqu'elles formulent des observations sur ces questions, les parties examinent les conséquences possibles de telle ou telle interprétation et qu'elles se demandent si ces conséquences respectent l'esprit et l'objet de la loi ainsi que l'intention du législateur. À mon avis, il serait pertinent et utile de prendre connaissance des observations de la Commission à ce sujet. De plus, compte tenu des circonstances de la présente affaire, de telles observations

provided that the Board advances them with circumspection and prudence.

[28] Accordingly, the Board may explore the implications associated with this Court granting the application for judicial review and accepting the positions taken by the Attorney General in its memorandum of fact and law. However, in discussing these implications, the Board should restrict itself to its ability to have matters heard in a just, timely and orderly way, and the possible effects that granting the application for judicial review could have on the Board's operations and procedures. No other implications have been articulated with sufficient particularity.

[29] As mentioned in paragraph 11, above, the Board would also like to submit that it adopted the least intrusive means to investigate the existence of privilege without breaching it. Phrased in this way, this submission smacks of an attempt to defend the Board's decision purely on its merits or to supplement the Board's written reasons, contrary to the principles of finality and impartiality. The Board has not suggested that this is a part of a broader submission that the Board's decision should be upheld in light of the standard of review. Accordingly, the Board is not allowed to advance this submission.

[30] The remaining matters proposed by the Board, such as "clarify[ing] exactly what is at issue before the Court in this matter," are phrased too vaguely and too broadly to be considered relevant or useful to the application.

[31] Overall, this Court is concerned about the Board's rather general and vague description of its proposed submissions. There is a danger that the Board might make submissions that offend the principles of finality and impartiality. Accordingly, this Court will prohibit the Board from attempting, in substance, to amend, vary,

de la Commission ne susciteraient pas de préoccupations au sujet du respect des principes du caractère définitif et de l'impartialité, pour autant que la Commission les fasse valoir avec circonspection et prudence.

[28] La Commission peut donc examiner les conséquences possibles de la décision de la Cour de faire droit à la demande de contrôle judiciaire et d'accepter la thèse défendue par le procureur général dans son mémoire des faits et du droit. Toutefois, dans son examen de ces conséquences, la Commission doit s'en tenir à sa capacité de faire examiner ces questions de façon équitable et ordonnée et en temps utile ainsi qu'aux conséquences que la décision de faire droit à la demande de contrôle judiciaire pourrait avoir sur le fonctionnement et la procédure de la Commission. Aucune autre incidence n'a été évoquée avec suffisamment de précision.

[29] Ainsi qu'il a été mentionné au paragraphe 11, précité, la Commission souhaite également faire valoir qu'elle a adopté le moyen le moins attentatoire pour vérifier l'existence du privilège revendiqué sans y porter atteinte. Ainsi formulée, cette observation laisse croire que la Commission cherche à justifier sa décision en invoquant uniquement son bien-fondé ou encore à compléter les motifs écrits qu'elle a déjà exposés, contrairement aux principes du respect du caractère définitif et de l'impartialité. La Commission n'a pas laissé entendre que cette observation s'inscrit dans le cadre d'un argument plus général suivant lequel sa décision devrait être confirmée à la lumière de la norme de contrôle applicable. Par conséquent, la Commission n'est pas autorisée à soumettre cet argument.

[30] Les autres questions proposées par la Commission, comme [TRADUCTION] « expliquer la nature exacte de la question en litige devant la Cour dans la présente affaire », sont formulées en des termes trop vagues et trop généraux pour être considérées comme pertinentes ou utiles pour la demande.

[31] Dans l'ensemble, la Cour est préoccupée par les descriptions plutôt vagues et générales offertes par la Commission au sujet des observations qu'elle se propose de formuler. La Commission risque de faire des observations qui portent atteinte aux principes du caractère définitif et de l'impartialité. En conséquence, la

qualify or supplement the reasons for decision of the Board. It will also prohibit the Board from embarking into the merits of the Board's decision in such a way as to call into question its ability to hear, impartially, any redetermination in the event that this matter is remitted back to it.

G. Additional terms

[32] The Board has proposed a number of additional terms in this Court's order permitting it to intervene. It proposes that it will not add to the evidentiary record or participate in any cross-examinations on affidavits, appeal any decision, or participate in any interlocutory matters except for those that pertain to its participation as an intervener. It has also agreed that it shall not seek or be awarded costs, or be subject to an award of costs against it. Finally, it has asked that its written submissions be served and filed on the parties no later than 30 days after the date of this order.

[33] The Attorney General of Canada does not oppose any of these terms. The respondent has not filed any submissions on this motion opposing these terms. This Court has the power to impose these terms under rules 53 and 109 and considers them to be appropriate and fair. Accordingly, the Court will add these terms to its order.

[34] The Board has not asked for a right to make oral submissions. However, it would be useful for the Board to attend at the hearing of the application, to be available to answer any questions posed by the Court. Therefore, the Board may attend for that purpose if it wishes to do so.

[35] The Attorney General of Canada has submitted that if the Board is permitted to file written submissions, it should be granted a right to file a reply. It is not clear at this time whether a reply memorandum is needed.

Cour interdira à la Commission de tenter en fait de modifier, de changer, de nuancer ou de compléter les motifs de la décision qu'elle a rendue. Elle interdira également à la Commission de se pencher sur le bien-fondé de sa propre décision d'une manière qui permettrait de s'interroger sur sa capacité de procéder de façon impartiale à un nouvel examen pour le cas où l'affaire lui serait renvoyée.

G. Conditions supplémentaires

[32] La Commission a proposé d'assortir de certaines conditions supplémentaires l'ordonnance par laquelle la Cour lui permettrait d'intervenir. Elle se propose de ne présenter aucun nouvel élément de preuve, de ne participer à aucun contre-interrogatoire sur des affidavits, à n'interjeter appel d'aucune décision et de ne participer à aucune question interlocutoire à l'exception de celles qui ont trait à sa participation comme intervenante. Elle a également convenu de ne pas réclamer de dépens et de ne pas s'en faire adjuger et de ne pas être condamnée à des dépens. Enfin, elle demande de déposer ses observations écrites et de les signifier aux parties dans les 30 jours de la date de la présente ordonnance.

[33] Le procureur général du Canada ne s'oppose à aucune de ces conditions. Le défendeur n'a présenté dans le cadre de la présente requête aucune observation qui s'oppose à ces conditions. La Cour a le pouvoir d'imposer de telles conditions en vertu des articles 53 et 109 des Règles et elle considère qu'elles sont appropriées et équitables. La Cour assortira donc son ordonnance de ces conditions.

[34] La Commission n'a pas réclamé le droit de présenter des observations oralement. Il serait toutefois utile que la Commission soit présente à l'instruction de la demande pour se rendre disponible pour répondre aux questions que la Cour pourrait vouloir lui poser. La Commission peut donc se présenter à l'audience à cette fin si elle le souhaite.

[35] Le procureur général du Canada affirme que, si la Commission est autorisée à déposer des observations écrites, il devrait se voir accorder le droit de déposer une réponse. On ne sait pas pour l'instant s'il est nécessaire

After the Board has filed its memorandum, the Attorney General may bring a motion under rule 369 requesting a right of reply.

[36] Given the relatively narrow nature of the issues to be addressed by the Board, the Board's memorandum of fact and law shall be limited to 15 pages, exclusive of schedules.

[37] If the applicant or the respondent form the view that the Board's memorandum of fact and law contains impermissible submissions, the parties (including the Board) may serve and file submissions of no more than two pages in length on this issue. The panel hearing the judicial review may determine the matter.

[38] Nothing in the order or these reasons should be taken to interfere with the discretion of the panel hearing this judicial review to rule on the propriety of any of the tribunal's submissions or to invite further submissions from the tribunal. The panel is free to regulate the involvement of the tribunal as it sees fit based on the circumstances that present themselves.

de déposer un mémoire en réponse. Après que la Commission aura déposé son mémoire, le procureur général pourra présenter une requête en vertu de la règle 369 pour demander un droit de réponse.

[36] Compte tenu de la portée relativement étroite des questions sur lesquelles la Commission doit se prononcer, le mémoire des faits et du droit de la Commission ne devra pas compter plus de 15 pages, à l'exclusion des annexes.

[37] Si le demandeur ou le défendeur estime que le mémoire des faits et du droit de la Commission renferme des observations inadmissibles, les parties (y compris la Commission) peuvent signifier et déposer des observations d'au plus deux pages sur la question. La formation collégiale chargée d'entendre la demande de contrôle judiciaire peut trancher la question.

[38] Rien dans l'ordonnance ou dans les présents motifs ne doit être interprété comme une ingérence dans le pouvoir discrétionnaire que possède la formation collégiale chargée d'entendre la demande de contrôle judiciaire de se prononcer sur la régularité de toute observation du tribunal administratif ou d'inviter le tribunal administratif à soumettre d'autres observations. Il est loisible à la formation collégiale d'encadrer la participation du tribunal administratif comme elle le juge à propos en fonction des circonstances qui se présenteront.

T-1220-10
2010 FC 999

T-1220-10
2010 CF 999

The Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada and Edmond Richard
(*Applicants*)

La Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada et Edmond Richard
(*demandeurs*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCO-PHONES ET ACADIENNE DU CANADA v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : FÉDÉRATION DES COMMUNAUTÉS FRANCO-PHONES ET ACADIENNE DU CANADA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Boivin J.—Ottawa, September 27 and 28; October 6, 2010.

Cour fédérale, juge Boivin—Ottawa, 27 et 28 septembre; 6 octobre 2010.

Official Languages — Judicial review of August 12, 2010 Order in Council reducing number of questions in 2011 census — Data previously collected through mandatory long-form census questionnaire to be collected through new voluntary National Household Survey — Applicants claiming August 12, 2010 Order in Council contravened Official Languages Act, since Order in Council deprived Government of Canada and linguistic minority communities of reliable statistical data — No provision of Act, Part VII or any other part of Act or Canadian Charter of Rights and Freedoms, requiring data to be collected by means of census — Only statutory basis in question Statistics Act concerning duty to take census — Way census taken and methodology left to government's discretion — Application dismissed.

Langues officielles — Contrôle judiciaire du décret du 12 août 2010 réduisant le nombre de questions du recensement de 2011 — Les données antérieurement recueillies par l'entremise du questionnaire long obligatoire du recensement seraient recueillies dans le cadre de la nouvelle Enquête nationale auprès des ménages à participation volontaire — Les demandeurs estimaient que le décret du 12 août 2010 contrevenait à la Loi sur les langues officielles puisqu'il aurait pour effet de priver le gouvernement du Canada et les communautés linguistiques minoritaires de données statistiques fiables — Aucune disposition de la partie VII de la Loi, ni aucune autre partie de cette loi ou de la Charte canadienne des droits et libertés, ne requiert la collecte de données au moyen du recensement — Le seul fondement législatif en cause est celui de la Loi sur la statistique relatif à l'obligation de tenir un recensement — La façon dont le recensement s'opère et la méthodologie sont laissées à la discrétion du gouvernement — Demande rejetée.

This was an application for judicial review seeking to quash the Order in Council of August 12, 2010 (P.C. 2010-1077), which set at ten the number of questions that were to be part of the 2011 census. Of these ten questions, three were to deal with Canada's official languages. The data previously collected through the mandatory long-form census questionnaire would be collected through the new voluntary National Household Survey.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vue d'obtenir l'invalidation du décret du 12 août 2010 (décret C.P. 2010-1077) lequel établissait à dix le nombre de questions qui devaient faire partie du recensement de 2011. Parmi ces dix questions, trois devaient porter sur les langues officielles du Canada. Les données qui étaient antérieurement recueillies par l'entremise du questionnaire long obligatoire du recensement seraient recueillies dans le cadre de la nouvelle Enquête nationale auprès des ménages qui est à participation volontaire.

The applicants were of the opinion that the August 12, 2010 Order in Council contravened Part VII of the *Official Languages Act*, since it would have the effect of depriving

Les demandeurs estimaient que le décret du 12 août 2010 contrevenait à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* puisqu'il aurait pour effet, compte tenu du caractère

the Government of Canada and the linguistic minority communities of reliable statistical data, given the now voluntary nature of the long-form questionnaire. The applicants considered that these data were essential for the federal government to be able to meet its commitments and for federal institutions to discharge their statutory duties with regard to official languages under section 41 of the *Official Languages Act*.

The main issue in this case was whether the Order in Council of August 12, 2010, made by the Governor in Council under the *Statistics Act*, constituted a violation of Part VII of the *Official Languages Act* and, more specifically, subsection 41(2) of that Act.

Held, the application should be dismissed.

There is no statutory basis for positive measures to be interpreted as including the duty to collect data through a mandatory long-form questionnaire. No provision of Part VII of the Act, or any other part of that Act—or, in fact, any part of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—requires that data be collected by means of the census as the *sine qua non* of the rights it protects. The only statutory basis in question is that of the *Statistics Act* concerning the duty to take a census. The way in which the census is taken and the methodology are left to the government's discretion. Neither Part VII of the *Official Languages Act* nor section 41 of that Act imposes on the Governor in Council a specific methodology in this regard. In fact, nothing indicates that Parliament, in enacting subsection 41(2) of the Act, intended to limit the Governor in Council's power and discretion to exercise a delegated legislation function authorized by other federal statutes, namely, the *Statistics Act*. When Parliament wishes to proceed in such a way, it does so by way of regulations. In this case, no evidence of regulations defining a specific methodology in relation to the census was brought to the Court's attention. Therefore, the Governor in Council, by adopting the August 12, 2010, Order in Council under the *Statistics Act*, did not go beyond the boundary of the enabling statute and did not violate section 41 of the *Official Languages Act*.

désormais volontaire du questionnaire long, de priver le gouvernement du Canada et les communautés linguistiques minoritaires de données statistiques fiables. Les demandeurs jugeaient que ces données étaient essentielles à la capacité du gouvernement fédéral de rencontrer ses engagements et aussi de permettre aux institutions fédérales de s'acquitter de leurs obligations légales en matière de langues officielles au terme de l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*.

Le principal point litigieux en l'espèce était celui de savoir si le décret du 12 août 2010, pris par le gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur la statistique*, constituait une violation de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et plus particulièrement de son paragraphe 41(2).

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il n'existe pas de fondement législatif sur la base duquel des mesures positives puissent être interprétées comme comportant le devoir de recueillir des données par la voie d'un questionnaire long à caractère obligatoire. Aucune disposition de la partie VII de la Loi, ni aucune autre partie de cette loi — ni d'ailleurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* — ne requiert la collecte de données au moyen du recensement comme condition *sine qua non* de la base de l'octroi des droits qu'elle protège. Le seul fondement législatif en cause est celui de la *Loi sur la statistique* relatif à l'obligation de tenir un recensement. La façon dont le recensement s'opère et la méthodologie sont laissées à la discrétion du gouvernement. Ni la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* ni son article 41 n'imposent au gouverneur en conseil une méthodologie particulière en la matière. En effet, rien n'indique que le législateur en adoptant le paragraphe 41(2) de la Loi ait eu l'intention de restreindre le pouvoir et la discrétion du gouverneur en conseil de prendre des actes de législation déléguée autorisés par d'autres lois fédérales, nommément la *Loi sur la statistique*. Quand le législateur a voulu procéder de la sorte, il l'a fait dans le cadre de la mise en œuvre d'un règlement. En l'espèce, aucune preuve d'un règlement définissant une méthodologie particulière par rapport au recensement n'a été présentée. Donc, le gouverneur en conseil, en adoptant le décret du 12 août 2010 en vertu de la *Loi sur la statistique*, n'a pas excédé les limites de la loi habilitante et n'a pas violé l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 16, 17, 18, 19, 20, 23.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 16, 17, 18, 19, 20, 23.
Décret C.P. 2010-0792.
Décret C.P. 2010-1077.

2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 312, 369.

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. 41 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006 c. 9, s. 23), 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27), 43 (as am. *idem*, s. 28), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2).

Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48, ss. 2 “Act”, “Method I”, 3, 4.

Order in Council P.C. 2010-0792.

Order in Council P.C. 2010-1077.

Statistics Act, R.S.C., 1985, c. S-19, ss. 3, 7, 8, 19, 21, 22.

Loi sur la statistique, L.R.C. (1985), ch. S-19, art. 3, 7, 8, 19, 21, 22.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. 41 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23), 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27), 43 (mod., *idem*, art. 28), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2).

Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services, DORS/92-48, art. 2 « Loi », « méthode I », 3, 4.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 312, 369.

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Atlantic Engraving Ltd. v. Rosenstein*, 2002 FCA 503, 23 C.P.R. (4th) 5, 299 N.R. 244.

CONSIDERED:

Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General), 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, 392 N.R. 149.

REFERRED TO:

Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, 214 D.L.R. (4th) 1, 289 N.R. 282; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373, (1990), 123 N.R. 83 (C.A.); *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193, 134 C.C.C. (3d) 481; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, 302 D.L.R. (4th) 632, 384 N.R. 50.

AUTHORS CITED

Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick. *Strengthening Local Governance in New Brunswick*. Final report submitted to Infrastructure Canada, August 2008, online: <http://afmnb.org/images/rapport_final_gouvernance_locale.pdf>.

Johnson, Marc L. and Paule Doucet. *A Sharper View: Evaluating the Vitality of Official Language Minority Communities*. Ottawa: Office of the Commissioner of Official Languages, 2006, online: <http://www.ocolo-clc.gc.ca/docs/f/vitality_vitalite_f.pdf>.

Office of the Commissioner of Official Languages. “The

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Atlantic Engraving Ltd. c. Rosenstein*, 2002 CAF 503.

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général), 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374.

DÉCISIONS CITÉES :

Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles), 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.); *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194.

DOCTRINE CITÉE

Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick. *Scénarios de renforcement de la gouvernance locale au Nouveau-Brunswick*. Rapport final soumis à Infrastructure Canada, août 2008, en ligne : <http://afmnb.org/images/rapport_final_gouvernance_locale.pdf>.

Commissariat aux langues officielles. « La communauté francophone de Sudbury », étude produite dans le cadre du projet de recherche : *Les indicateurs de vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire 1 : les francophones en milieu urbain*. Ottawa :

Sudbury Francophone Community”, study conducted as part of the research project: *Vitality Indicators for Official Language Minority Communities 1: Francophones in Urban Settings*. Ottawa: Office of the Commissioner of Official Languages, 2007, online: <http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/Vitalite1_SudburyFR.pdf>.

Veall, Michael R. “2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now?” (2010), 36 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 395, online: <<http://utpjournals.metapress.com/content/lx1865n367339703/fulltext.pdf>>.

APPLICATION for judicial review seeking to quash the Order in Council of August 12, 2010 (P.C. 2010-1077), which sets at ten the number of questions that will be part of the 2011 census. Application dismissed.

APPEARANCES

Rupert Baudais and *Peter T. Bergbusch* for the applicants.
René LeBlanc, Guy A. Blouin and *Bernard Letarte* for the respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Balfour Moss, LLP, Regina, for the applicants.
Deputy Attorney General of Canada for the respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment and judgment rendered by

[1] BOIVIN J.: This is an application for judicial review under sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] and 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]. The applicants, the Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada and Edmond Richard (FCFA), are seeking to quash the Order in Council of August 12, 2010 (P.C. 2010-1077), which sets at ten the number of questions that will be part of the 2011 census.

Commissariat aux langues officielles, 2007, en ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/Vitalite1_SudburyFR.pdf>.

Johnson, Marc L. et Paule Doucet. *Une vue plus claire : évaluer la vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire*. Ottawa : Commissariat aux langues officielles, 2006, en ligne : <http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/vitalite_vitalite_f.pdf>.

Veall, Michael R. « 2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now? » (2010), 36 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 395, en ligne : <<http://utpjournals.metapress.com/content/lx1865n367339703/fulltext.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire présentée en vue d’obtenir l’invalidation du décret du 12 août 2010 (décret C.P. 2010-1077) lequel établissait à dix le nombre de questions qui devaient faire partie du recensement de 2011. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Rupert Baudais et *Peter T. Bergbusch* pour les demandeurs.
René LeBlanc, Guy A. Blouin et *Bernard Letarte* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Balfour Moss, s.r.l., Regina, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Voici les motifs du jugement et le jugement rendu en français par

[1] LE JUGE BOIVIN : La Cour est saisie d’une demande de contrôle judiciaire en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] et 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]. Les demandeurs, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada et Edmond Richard (ci-après la FCFA) demandent l’invalidation du décret du 12 août 2010 (décret C.P. 2010-1077) lequel établit à dix le nombre de questions qui feront partie du recensement de 2011.

[2] By reason of the August 12, 2010 Order in Council, the data that had previously been collected through the mandatory long-form census questionnaire will be collected as part of the new National Household Survey (NHS) on a voluntary basis. The NHS will be conducted during the weeks following the census of population of Canada in May 2011.

[3] The FCFA is of the opinion that the August 12, 2010 Order in Council infringes Part VII [ss. 41–45] of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the Act), since it will have the effect of depriving the Government of Canada and the linguistic minority communities (minority communities) of reliable statistical data, given the now voluntary nature of the long-form questionnaire. The FCFA considers that these data are essential for the federal government to be able to meet its commitments and also for federal institutions to discharge their statutory duties with regard to official languages under section 41 [as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 1; 2006, c. 9, s. 23] of the Act.

[4] The following remedies are sought by the FCFA under subsections 18(3) and 18.1(3) of the *Federal Courts Act*:

(a) A declaration that the Government of Canada's decision in Order in Council P.C. 2010-1077 made on August 12 and published on August 21, 2010, in the *Canada Gazette*, Part I is invalid;

(b) A declaration that the elimination of the mandatory long-form questionnaire from the 2011 census violates the Government of Canada's duty under Part VII of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31;

(c) A writ of *mandamus* directing the Government of Canada to administer, on a mandatory basis, the questions from the 2006 long form, or the equivalent contained in the 2010 National Household Survey, in the 2011 census.

[5] For his part, the Attorney General of Canada is contesting the FCFA's application. Specifically, the Attorney

[2] En conséquence du décret du 12 août 2010, les données qui étaient antérieurement recueillies par l'entremise du questionnaire long obligatoire du recensement seront recueillies dans le cadre de la nouvelle Enquête nationale auprès des ménages (ENM) qui est à participation volontaire. L'ENM sera menée au cours des semaines suivant le recensement de la population du Canada en mai 2011.

[3] La FCFA estime que le décret du 12 août 2010 contrevient à la partie VII [art. 41 à 45] de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (ci-après la Loi), puisqu'il aura pour effet, compte tenu du caractère désormais volontaire du questionnaire long, de priver le gouvernement du Canada et les communautés linguistiques minoritaires (communautés minoritaires) de données statistiques fiables. La FCFA juge que ces données sont essentielles à la capacité du gouvernement fédéral de rencontrer ses engagements et aussi de permettre aux institutions fédérales de s'acquitter de leurs obligations légales en matière de langues officielles au terme de l'article 41 [mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 1; 2006, ch. 9, art. 23] de la Loi.

[4] Les redressements suivants sont sollicités par la FCFA en vertu des paragraphes 18(3) et 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* :

a) Une déclaration selon laquelle la décision du gouvernement canadien dans le décret C.P. 2010-1077 décrétée le 12 août et publiée le 21 août 2010 dans la *Gazette du Canada*, Partie I est nulle et sans effet;

b) Une déclaration que l'élimination du questionnaire long obligatoire du recensement de 2011 viole l'obligation du gouvernement canadien à la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31;

c) Un bref de *mandamus* enjoignant au gouvernement canadien d'administrer de manière obligatoire les questions du formulaire long de 2006, ou l'équivalent contenu dans l'Enquête nationale auprès des ménages de 2010, dans le recensement de 2011.

[5] De son côté, le procureur général du Canada conteste la demande faite par la FCFA. En particulier, le

General contends that the Court is not authorized to order that the questions from the 2006 long-form questionnaire be administered on a mandatory basis for the 2011 census. Instead, the Attorney General argues that the only remedy the Court may grant is to quash the impugned Order in Council and refer the matter back to the Governor in Council under paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*. According to the Attorney General, an order in the nature of a *mandamus* would be inconsistent with the Governor in Council's discretion with regard to the content of the orders in council that may be issued under the *Statistics Act*, R.S.C., 1985, c. S-19.

The census of Canada

[6] Since June 1971, the mandatory census has been a virtual fixture in the Canadian five-year data collection landscape. The Government of Canada, through Statistics Canada, takes a census of population of Canada every five years. Under subsection 19(2) of the *Statistics Act*, the purpose of the census is to ensure that counts of the population are provided for each federal electoral district of Canada. According to sections 19 and 21 of the *Statistics Act*, it is the responsibility of the Governor in Council to fix the month in which the census will be taken and to prescribe, by Order in Council, the questions to be asked therein.

[7] The Governor in Council, pursuant to its delegated powers under the *Statistics Act*, published two orders in council on the 2011 census. The first Order in Council of June 17, 2010 [P.C. 2010-0792] (published on June 26) was repealed and replaced by the second Order in Council of August 12, 2010 (published on August 21). The August 12, 2010 Order in Council confirms that the next census of population will be taken in May 2011. The August 12, 2010 Order in Council adds to the eight questions that had been prescribed by the June 17, 2010 Order in Council two questions on language that had been absent from the repealed Order in Council of June 17, 2010, for a total of ten questions.

procureur général soutient que la Cour n'est pas autorisée à ordonner que les questions du questionnaire long de 2006 soient administrées de manière obligatoire pour le recensement de 2011. Le procureur général soutient plutôt que le seul redressement que la Cour pourrait octroyer est l'annulation du décret contesté et le retour du dossier au gouverneur en conseil aux termes de l'alinéa 18.1(3)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Selon les prétentions du procureur général, une ordonnance de la nature d'un *mandamus* serait incompatible avec la discrétion que possède le gouverneur en conseil eu égard au contenu des décrets pouvant être émis aux termes de la *Loi sur la statistique*, L.R.C. (1985), ch. S-19.

Le recensement du Canada

[6] Depuis juin 1971, le recensement obligatoire fait pour ainsi dire partie du paysage canadien de collecte de données quinquennale. Le gouvernement du Canada, par l'entremise de Statistique Canada, procède tous les cinq ans au recensement de la population du Canada. En vertu du paragraphe 19(2) de la *Loi sur la statistique*, l'objet du recensement est de veiller au dénombrement de la population pour chaque circonscription électorale fédérale du Canada. Suivant les articles 19 et 21 de la *Loi sur la statistique*, il revient au gouverneur en conseil de fixer le mois au cours duquel le recensement se déroulera et de prescrire, par décret, les questions qui y seront posées.

[7] Le gouverneur en conseil, conformément aux pouvoirs qui lui sont délégués par la *Loi sur la statistique*, a publié deux décrets sur le recensement de 2011. Le premier décret du 17 juin 2010 [C.P. 2010-0792] (publié le 26 juin) fut abrogé et remplacé par le deuxième décret du 12 août 2010 (publié le 21 août). Le décret du 12 août 2010 confirme la tenue du prochain recensement de la population au mois de mai 2011. Ce décret du 12 août 2010 ajoute, aux huit questions jusqu'alors prescrites par le décret du 17 juin 2010, deux questions relatives à la langue qui étaient absentes du décret abrogé du 17 juin 2010, pour un total de dix questions.

[8] During the 2006 census, the mandatory long-form questionnaire contained a total of sixty-one questions. The 2006 questionnaire touched on a wide range of topics, such as the mobility of Canadians, their education, their household activities, their labour market activities, their income and the payment of their personal expenses such as mortgages, property taxes or electricity. Five of the questions in the 2006 questionnaire dealt more specifically with language:

- Sufficient knowledge of English or French to conduct a conversation (Q. 13).
- Sufficient knowledge of a language(s), other than English or French, to conduct a conversation (Q. 14).
- The language spoken most often at home and the language(s), other than English or French, spoken on a regular basis at home (Q. 15).
- The language first learned at home in childhood and still understood and, if that language is no longer understood, the second language learned (Q. 16).
- The language used most often at work and, where applicable, any other languages used on a regular basis (Q. 48).

[9] During the 2006 census, the mandatory long-form questionnaire was sent to 20 percent of Canadian households; the remaining households (80 percent) had to complete a short form, which contained eight of the sixty-one questions on the mandatory long-form questionnaire.

[10] By contrast, the 2011 census questionnaire will be distributed to all Canadian households and will contain, as mentioned above, a total of ten questions. Of these ten questions, three will deal with Canada's official languages. They are questions 13, 15 and 16 (mentioned above) from the mandatory long-form questionnaire for the 2006 census. These questions are now questions 7, 8 and 9 of the 2011 census.

[8] Lors du recensement de 2006, le questionnaire obligatoire long comptait un total de soixante et une questions. Ce questionnaire de 2006 abordait une vaste gamme de sujets telle que la mobilité des Canadiens, leur scolarité, leurs activités à la maison, leur emploi, leurs revenus et le paiement de leurs dépenses personnelles comme l'hypothèque, les taxes d'habitation ou l'électricité. Cinq des questions de ce questionnaire de 2006 avaient trait plus particulièrement à la langue :

- La suffisance de la connaissance du français ou de l'anglais pour soutenir une conversation (Q. 13).
- La suffisance de la connaissance d'une (de) langue(s) autre(s) que le français ou l'anglais pour soutenir une conversation (Q. 14).
- La langue parlée le plus souvent à la maison et celle(s) autre que le français ou l'anglais, qui, le cas échéant, le sont régulièrement (Q. 15).
- La langue apprise en premier lieu à la maison à l'enfance et encore comprise, et, si cette langue n'est plus comprise, la seconde langue qui a été apprise (Q. 16).
- La langue parlée le plus souvent au travail et, le cas échéant, celle(s), autre que la langue parlée le plus souvent, qui l'est (sont) régulièrement (Q. 48).

[9] Lors du recensement de 2006, le questionnaire obligatoire long était acheminé à 20 p. 100 des ménages canadiens; le reste des ménages (80 p. 100) devait remplir un questionnaire abrégé qui reprenait huit des soixante et une questions du questionnaire obligatoire long.

[10] En revanche, le questionnaire du recensement de 2011 sera, quant à lui, distribué à tous les ménages canadiens et comportera, tel que mentionné plus haut, un total de dix questions. Parmi ces dix questions, trois portent sur les langues officielles du Canada; il s'agit des questions 13, 15 et 16 (précitées) du questionnaire obligatoire long du recensement de 2006. Ces questions deviennent les questions 7, 8 et 9 du recensement de 2011.

[11] As for the voluntary NHS questionnaire, it will include, in addition to the three questions on language prescribed by the new Order in Council of August 2010, questions 14 and 48 (mentioned above), as well as all the questions not relating to language that were included in the mandatory long-form questionnaire for 2006. The NHS questionnaire will be distributed to 30 percent of households on a voluntary basis.

The Official Languages Act

[12] The *Official Languages Act* was enacted in 1969 to ensure respect for Canada's two official languages and their equality of status. This Act sets out the responsibilities of federal institutions with respect to the offer of services and the use of English and French in Canadian society. The Act includes Part IV [ss. 21–33] (Communications with and Services to the Public), Part V [ss. 34–38] (Language of Work), Part VI [ss. 39–40] (Participation of English-Speaking and French-Speaking Canadians), Part VII (Advancement of English and French) and Part VIII [ss. 46–48] (Responsibilities and Duties of Treasury Board in Relation to the Official Languages of Canada).

[13] Section 41 of the *Official Languages Act*, which is central to the issue, reads as follows:

PART VII

ADVANCEMENT OF ENGLISH AND FRENCH

Government policy **41.** (1) The Government of Canada is committed to

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

Duty of federal institutions

(2) Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under

[11] Quant au questionnaire volontaire de l'ENM, il reprendra, en plus des trois questions relatives à la langue prescrites par le nouveau décret du mois d'août 2010, les questions 14 et 48 (précitées), ainsi que l'ensemble des questions non relatives à la langue qui étaient incluses dans le questionnaire obligatoire long de 2006. Le questionnaire de l'ENM sera distribué à 30 p. 100 des ménages sur une base volontaire.

La Loi sur les langues officielles

[12] La *Loi sur les langues officielles* fut adoptée en 1969 pour assurer le respect et l'égalité des deux langues officielles du Canada. Cette loi définit les responsabilités des institutions fédérales quant à l'offre de services et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. La Loi comporte notamment la partie IV [art. 21 à 33] (Communications avec le public et prestation des services), la partie V [art. 34 à 38] (Langue de travail), la partie VI [art. 39 et 40] (Participation des Canadiens d'expression française et d'expression anglaise), la partie VII (Promotion du français et de l'anglais) et la partie VIII [art. 46 à 48] (Attributions et obligations du Conseil du Trésor en matière de langues officielles).

[13] L'article 41 de la *Loi sur les langues officielles* qui se situe au cœur du débat se lit comme suit :

PARTIE VII

PROMOTION DU FRANÇAIS ET DE L'ANGLAIS

41. (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. Engagement

(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il Obligations des institutions fédérales

subsection (1). For greater certainty, this implementation shall be carried out while respecting the jurisdiction and powers of the provinces.

Regulations

(3) The Governor in Council may make regulations in respect of federal institutions, other than the Senate, House of Commons, Library of Parliament, office of the Senate Ethics Officer or office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner, prescribing the manner in which any duties of those institutions under this Part are to be carried out.

demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.

Règlements

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.

[14] The Court notes that the quasi-constitutional status of the *Official Languages Act* has been recognized by the Canadian courts (*Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Canada (Attorney General) v. Viola*, [1991] 1 F.C. 373 (C.A.)). The purpose of the Act is to implement the sections of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] that pertain to language rights in Canada, specifically, sections 16 to 20.

[14] La Cour rappelle que le statut quasi constitutionnel de la *Loi sur les langues officielles* est reconnu par les tribunaux canadiens (*Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Canada (Procureur général) c. Viola*, [1991] 1 C.F. 373 (C.A.)). La Loi a pour but de mettre en œuvre les articles de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] qui touchent aux droits linguistiques au Canada, notamment les articles 16 à 20.

[15] This case began with a very broad range of legal claims concerning, in particular, parts IV, V, VI and VII of the *Official Languages Act* and sections 16 to 20 and 23 of the Charter. The arguments that preceded the judicial review hearing before this Court were clarified and narrowed, to the point where only the issue of the violation of section 41 (Part VII) of the *Official Languages Act* is before this Court.

[15] Le présent dossier a débuté avec un éventail de revendications juridiques très large incluant notamment les parties IV, V, VI et VII de la *Loi sur les langues officielles* et les articles 16 à 20 et 23 de la Charte. Les débats qui ont précédé l'audition en contrôle judiciaire devant cette Cour se sont éclaircis et épurés, tant et si bien que seule la question de la violation de l'article 41 (partie VII) de la *Loi sur les langues officielles* s'est retrouvée devant cette Cour.

Issue

[16] The issues raised in this application for judicial review are therefore as follows:

1. Does the Order in Council of August 12, 2010 (P.C. 2010-1077), made by the Governor in Council under the *Statistics Act*, constitute a violation of Part VII of the *Official Languages Act* and, more specifically, subsection 41(2) of that Act?

Question en litige

[16] Les questions soulevées par la présente demande de contrôle judiciaire sont donc les suivantes :

1. Est-ce que le décret du 12 août 2010 (C.P. 2010-1077), pris par le gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur la statistique*, constitue une violation de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et, plus particulièrement, de son paragraphe 41(2) ?

2. If yes, what are the fair and appropriate remedies in view of the circumstances?

2. Dans l'affirmative, quels sont les redressements justes et appropriés eu égard aux circonstances ?

Standard of review

[17] The Supreme Court of Canada, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, stated that there are two standards of review: correctness and reasonableness (paragraph 34). The Supreme Court also specified that the correctness standard applied to questions of law, while the reasonableness standard applied to questions of mixed fact and law and questions of fact. In addition, among the many examples the Supreme Court gave to demonstrate the application of the appropriate standard, it ruled that Charter or constitutional issues are necessarily subject to correctness review (paragraph 59).

[18] In *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, the Federal Court of Appeal affirmed, at paragraph 36, that this same standard must be used when assessing the validity of an order in council made by the Governor in Council:

Turning first to the *vires* issue, the Court must determine on a standard of correctness whether the Direction Order was authorized by the power delegated to the Governor in Council pursuant to subsection 18(1) of the Act (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, paragraph 59).

[19] The Federal Court of Appeal went on to explain, at paragraph 37, the circumstances in which a court must intervene when the Governor in Council exercises a power given to it by statute:

It is well-settled law that when exercising a legislative power given to it by statute, the Governor in Council must stay within the boundary of the enabling statute, both as to empowerment and purpose. The Governor in Council is otherwise free to exercise its statutory power without interference by the Court, except in an egregious case or where there is proof of an absence of good faith (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, page 111; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, page 752).

Norme de contrôle

[17] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, a affirmé qu'il existe deux normes de contrôle, soit la décision correcte et la décision raisonnable (paragraphe 34). La Cour suprême a également précisé que la norme de la décision correcte s'applique aux questions de droit alors que la norme de la décision raisonnable s'applique aux questions mixtes de fait et de droit et aux questions de fait. De plus, parmi les nombreux exemples qu'a donnés la Cour suprême pour démontrer l'application de la norme appropriée, la Cour suprême a statué que les questions qui se rapportent à la Charte ou qui sont de nature constitutionnelle doivent être assujetties à la norme de la décision correcte (paragraphe 59).

[18] Dans l'arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374, la Cour d'appel fédérale a confirmé, au paragraphe 36, que cette même norme doit être utilisée dans le cadre de l'examen de la validité d'un décret pris par le gouverneur en conseil :

Tout d'abord, en ce qui concerne la validité, la Cour doit déterminer, selon la norme de la décision correcte, si le décret était autorisé par le pouvoir délégué au gouverneur en conseil par le paragraphe 18(1) de la Loi (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, paragraphe 59).

[19] De plus, la Cour d'appel fédérale a également expliqué, au paragraphe 37, dans quelles circonstances une Cour se doit d'intervenir lorsque le gouverneur en conseil exerce un pouvoir conféré par une loi :

Il est bien établi en droit que lorsque le gouverneur en conseil exerce un pouvoir conféré par une loi, il doit demeurer dans les limites de la loi habilitante en ce qui a trait à l'habilitation et à la finalité. Le gouverneur en conseil est à tous les autres égards libre d'exercer son pouvoir conféré par la loi sans l'intervention de la Cour, sauf dans un cas flagrant ou lorsque la preuve établit l'absence de bonne foi (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, page 111; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, page 752).

[20] In the case at bar, the issue concerns government administrative action with regard to a statute that has a quasi-constitutional status. Having been called upon to determine whether the August 12, 2010 Order in Council violates Part VII of the *Official Languages Act*, the Court must interpret the Act, and specifically section 41. Since the Court is called upon to interpret a legislative provision, it must therefore do so on the correctness standard.

Preliminary remarks

[21] Before proceeding with its analysis of the issues, the Court must make a few preliminary remarks regarding one motion in particular brought prior to the hearing of this matter. The FCFA brought a motion under rule 369 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], to obtain an order under rule 312 to introduce additional affidavits and new evidence.

[22] In this regard, the parties agreed that the FCFA would withdraw its motion to file an affidavit and refrain from making new Charter arguments. The parties also agreed that the FCFA would file one affidavit from Nicole Garner, one article from the *Globe & Mail* and one Statistics Canada internal study. In exchange, it was agreed that the Attorney General would file one additional affidavit from Marc Hamel.

[23] In addition, the Court agreed to the filing by the FCFA of three scientific articles published in the journal *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* of September 14, 2010—which were not available when the FCFA filed its memorandum—because of their relevance and the insight they could give this Court in this proceeding.

[24] The FCFA also sought leave from this Court to file a document entitled “Certified Record (Rule 318)”, —a document created by Rosemary Bender, Assistant Chief Statistician at Statistics Canada,—which had previously been filed by the Attorney General of Canada in

[20] En l’espèce, la nature de la question en litige touche l’action administrative gouvernementale eu égard à une loi qui a un statut quasi constitutionnel. Étant appelée à déterminer si le décret du 12 août 2010 enfreint la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, la Cour doit interpréter la Loi en l’occurrence son article 41. Puisque la Cour est amenée à interpréter une disposition législative, elle doit donc le faire en suivant la norme de la décision correcte.

Remarques liminaires

[21] Avant de procéder à son analyse des questions en litige, la Cour se doit de formuler quelques remarques liminaires au sujet d’une requête en particulier faite en amont de l’audience de la présente affaire. La FCFA a présenté une requête en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], pour d’obtenir une ordonnance en vertu de la règle 312 des mêmes Règles afin d’introduire de nouveaux affidavits et de la nouvelle preuve.

[22] À cet égard, les parties se sont entendues pour que la FCFA retire sa demande de dépôt d’un affidavit et qu’elle renonce à invoquer de nouveaux arguments liés à la Charte. Par ailleurs, les parties ont consenti à ce que la FCFA dépose un affidavit de Nicole Garner, un article du *Globe & Mail* et une étude interne de Statistique Canada. En contrepartie, il a été convenu que le procureur général dépose un affidavit supplémentaire de Marc Hamel.

[23] De plus, sur la base de leur pertinence et l’éclairage qu’ils pouvaient apporter à cette Cour dans le présent débat, le dépôt par la FCFA de trois articles scientifiques publiés dans la revue *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* du 14 septembre 2010 — lesquels n’étaient pas disponibles lorsque la FCFA a déposé son mémoire — a été accepté par la Cour.

[24] La FCFA a également demandé l’autorisation à cette Cour que soit déposé un document intitulé « Certified Record (Rule 318) » qui avait préalablement été déposé par le procureur général du Canada dans un autre dossier devant la Cour fédérale (T-1375-10) à savoir un

another matter before the Federal Court (T-1375-10). The document in question deals with the census and NHS issue. The Attorney General objected to its filing. On the basis of the representations made by the parties at the start of the hearing, the Court accepted this document, but under advisement.

[25] Having had the opportunity to hear the parties at the hearing and read the said document, the Court is of the opinion that this document is relevant in the case at bar. The Court further notes that the document in question was discovered in the afternoon of September 22, 2010, following the case management conference. Consequently, and on the basis of the requirements set out in *Atlantic Engraving Ltd. v. Rosenstein*, 2002 FCA 503, 23 C.P.R. (4th) 5, the Court accepts the document and adduces it as evidence in the record.

Analysis

[26] As mentioned above, the main issue in this case is to determine whether the August 12, 2010 Order in Council constitutes a violation of Part VII of the *Official Languages Act* and, more specifically, subsection 41(2) of that Act. At the outset, the Court notes that the parties acknowledge that language rights, whether constitutional or statutory, must be given a broad and liberal interpretation that is consistent with the preservation and development of the official language communities in Canada (see *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at paragraph 25; *DesRochers v. Canada (Industry)*, 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194).

[27] The Court also notes that the August 12, 2010 Order in Council replaces the June 17, 2010 Order in Council. While the June 17, 2010 Order in Council contained only one question on language, the August 12, 2010 Order in Council added two more, for a total of three questions on language for the purposes of the 2011 census. The FCFA believes that, despite the changes made as a result of the August 12, 2010 Order in Council, only the reinstatement of the mandatory long-form questionnaire, that is, the sixty-one questions from the

document créé par Rosemary Bender, statisticienne en chef adjointe à Statistique Canada. Le document en question aborde la question du recensement et de l'ENM. Le procureur général s'est opposé à son dépôt. Sur la base des représentations des deux parties en début d'audience, la Cour a accepté ce document mais sous réserve.

[25] Ayant eu l'occasion d'entendre les parties à l'audience et de prendre connaissance dudit document, la Cour est d'avis qu'en l'espèce ce document est pertinent. La Cour note de plus que le document en question a été découvert dans l'après-midi du 22 septembre 2010 à la suite de la conférence de gestion. En conséquence, et en se référant aux critères de l'arrêt *Atlantic Engraving Ltd. c. Rosenstein*, 2002 CAF 503, la Cour accepte le document et le verse à titre de preuve au dossier.

Analyse

[26] La Cour rappelle que la question principale en l'espèce est de déterminer si le décret du 12 août 2010 constitue une violation de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* et plus particulièrement de son paragraphe 41(2). D'entrée de jeu, la Cour note que les parties reconnaissent qu'en matière de droits linguistiques, qu'ils soient d'origine constitutionnelle ou législative, ces droits doivent recevoir une interprétation large et libérale, compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada (voir *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, au paragraphe 25; *DesRochers c. Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194).

[27] La Cour rappelle également que le décret du 12 août 2010 remplace le décret du 17 juin 2010. Alors que le décret du 17 juin 2010 ne comportait qu'une question relative à la langue, le décret du 12 août 2010 en a ajouté deux autres, pour un total de trois questions relatives à la langue pour les fins du recensement de 2011. La FCFA estime que malgré les changements apportés par le décret du 12 août 2010, seul le rétablissement du questionnaire obligatoire long, c'est-à-dire les soixante et une questions du recensement de 2006,

2006 census, will yield reliable data that will enable the Government of Canada to discharge its duties under section 41 of the Act. According to the FCFA, without a return to the mandatory long-form census and its sixty-one questions, the implementation of Part VII of the Act would be, to all intents and purposes, impossible.

[28] More specifically, the FCFA argues that section 41 of the Act is enforceable (*DesRochers*) and remedial in nature. According to the FCFA, by using the expression “positive measures” in subsection 41(2), Parliament intended to target measures that have a tangible impact on the minority communities and that the data from the mandatory long-form questionnaire are essential to enable federal institutions to take such positive measures. The FCFA also argues that the adoption of the August 12, 2010 Order in Council is a negative measure and is consequently a violation of subsection 41(2) of the Act.

[29] The premise underlying the FCFA’s position is that the voluntary nature of the long-form questionnaire for the 2011 census adversely affects the reliability of the data that can be obtained from this questionnaire. Based on that premise, the census will not yield the necessary data used for the purposes of decision making affecting the minority communities. According to the FCFA, the data affecting Francophone communities not only are language-related, but also include all other data required to determine the needs of the various minority communities located in the different regions of Canada.

[30] In short, according to the FCFA, the detailed statistical data that can be obtained from the mandatory long-form questionnaire constitute an indispensable source of information for the purposes of making cross-tabulations between language-related data and other data such as income and education. These tabulations enable minority communities to identify the needs, challenges and priorities specific to them. In this regard, the FCFA referred to a number of studies, including: (i) Office of the Commissioner of Official Languages: *Vitality Indicators for Official Language Minority Communities 1: Francophones in Urban Settings*; The Sudbury Francophone Community, October 2007; (ii) Office of the Commissioner of Official Languages: *A*

produira des données fiables et permettra au gouvernement du Canada de s’acquitter de ses obligations découlant de l’article 41 de la Loi. Selon la FCFA, sans un retour au questionnaire obligatoire long et son ensemble de soixante et une questions, la mise en œuvre de la partie VII de la Loi serait à toute fin impossible.

[28] Plus particulièrement, la FCFA plaide que l’article 41 de la Loi a acquis un caractère exécutoire (*DesRochers*) et réparateur. Selon la FCFA, en employant le libellé « mesures positives » au paragraphe 41(2), l’intention du législateur a été de viser les mesures qui ont un impact tangible sur les communautés minoritaires et que les données du questionnaire long obligatoire sont essentielles pour permettre aux institutions fédérales de prendre de telles mesures positives. La FCFA avance ainsi que l’adoption du décret du 12 août 2010 est une mesure négative et que, pour cette raison, elle viole le paragraphe 41(2) de la Loi.

[29] La prémisse sous-jacente à la position de la FCFA est que la nature volontaire du questionnaire long du recensement de 2011 porte atteinte à la fiabilité des données issues de ce questionnaire. Suivant cette prémisse, le recensement ne fournira pas les données requises qui devront servir à la prise de décisions affectant les communautés minoritaires. Selon la FCFA, ces données affectant les communautés francophones ne sont pas seulement linguistiques, mais comprennent aussi toutes les autres données qui permettent d’établir les besoins des différentes communautés minoritaires situées dans les différentes régions du Canada.

[30] En somme, selon la FCFA les données statistiques détaillées découlant du questionnaire long obligatoire sont une source d’information indispensable pour effectuer des croisements statistiques en matière de langue avec d’autres données comme le revenu et la scolarité. Ces croisements permettent aux communautés minoritaires d’identifier les besoins, défis et priorités qui leur sont propres. À ce titre, la FCFA a fait référence à plusieurs études dont : i) Commissariat aux langues officielles : *Les indicateurs de vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire 1 : les francophones en milieu urbain*; La communauté francophone de Sudbury, Octobre 2007; ii) Commissariat aux langues officielles : *Une vue plus claire : évaluer la vitalité des*

Sharper View: Evaluating the Vitality of Official Language Minority Communities; (iii) Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick: *Strengthening Local Governance in New Brunswick*, Final report submitted to Infrastructure Canada, August 2008. The FCFA is thus arguing that by eliminating the mandatory long-form questionnaire, the government is not only depriving itself of the only reliable source of a set of statistical data, but also depriving the minority communities that analyse and compare themselves on the basis of these essential data (affidavit of Lise Ouellette, Director General of the Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick).

[31] Finally, the FCFA argues that it has no objection as to whether the data are collected by means of a mandatory census or by an NHS. However, it believes that the questionnaire must be administered on a mandatory basis since it is the only governance tool by which the implementation of Part VII of the Act may be ensured.

[32] For its part, the Attorney General contends that the FCFA's action must fail because the 2011 census questionnaire, as set out in the August 12, 2010 Order in Council, prescribes the three questions needed to obtain the data required to ensure the duties arising under the *Official Languages Act* are fully discharged. In addition, the Attorney General argues that section 41 of the Act does not impose any obligation on the government to use the methodology of the mandatory long-form questionnaire and adds that there is nothing to indicate that the NHS data will not be usable in this regard.

[33] In this respect, the Court notes that a series of affidavits were filed in support of the argument that the voluntary 2011 census questionnaire (NHS) may not be as reliable as the mandatory long-form questionnaire from the 2006 census, the data from which are used by a number of organizations in preparing reports and indicators for Francophone minority groups (see affidavit of Suzanne Bossé, former Director General of the FCFA, Marie-France Kenny, President of the FCFA and Eric Forgues, Assistant Director and Researcher, Canadian Institute for Research on Linguistic Minorities at the Université de Moncton).

communautés de langue officielle en situation minoritaire; (iii) Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick : *Scénarios de renforcement de la gouvernance locale au Nouveau-Brunswick*, Rapport final soumis à Infrastructure Canada, août 2008. La FCFA avance ainsi qu'en renonçant au questionnaire long obligatoire le gouvernement se prive non seulement de la seule source fiable d'un ensemble de données statistiques, mais prive aussi les communautés minoritaires qui s'analysent et se comparent par l'étude de ces données essentielles (affidavit de Lise Ouellette, directrice générale de l'Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick).

[31] Enfin la FCFA soumet qu'elle ne voit pas d'objection à ce que ce soit par recensement obligatoire ou que ce soit par une ENM que lesdites données soient colligées. Elle est d'avis que le questionnaire doit toutefois être administré à titre obligatoire puisqu'il est le seul outil de gouvernance propre à assurer la mise en œuvre de la partie VII de la Loi.

[32] En contrepartie, le procureur général soutient que le recours de la FCFA doit échouer car le questionnaire du recensement de 2011, tel que prévu par le décret du 12 août 2010, prescrit les trois questions nécessaires à l'obtention de données assurant la pleine mise en œuvre des obligations découlant de la *Loi sur les langues officielles*. De plus, le procureur général soumet que l'article 41 de la Loi n'impose aucune obligation au gouvernement d'utiliser la méthodologie du questionnaire long obligatoire et ajoute que rien n'indique que les données de l'ENM ne seront pas utilisables à ce titre.

[33] À cet égard, la Cour note qu'une série d'affidavits a été déposée à l'appui de la proposition que le questionnaire volontaire du recensement de 2011 (ENM) risque de ne pas revêtir un caractère aussi fiable que le questionnaire long obligatoire du recensement de 2006 dont les données sont utilisées par plusieurs organisations dans l'élaboration de rapports et d'indicateurs pour les groupes minoritaires francophones (voir affidavit de Suzanne Bossé, ancienne directrice générale de la FCFA, Marie-France Kenny, Présidente de la FCFA et Eric Forgues, Directeur adjoint et chercheur, Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques à l'Université de Moncton).

[34] Similarly, the affidavit of David A. Binder, retired statistician-mathematician, expressed reservations about the voluntary census but does not categorically state that the NHS data are not reliable. The document entitled “Certified Record (Rule 318)” adduced in evidence indicates that the NHS will not yield the same quality of data. On examination, Jane Badets, employee of Statistics Canada and statistician, expressed the opinion, however, that it was premature to determine the quality of data from a voluntary census. The affidavit of Marc Hamel, Acting Director General, Statistics Canada, also took the same view.

[35] In fact, according to the Court, the only conclusion that can be drawn from the evidence and arguments is that there is uncertainty about the degree of reliability of the data that will be obtained from the NHS. This Court is not satisfied that the NHS data will be unreliable to the point of being unusable (affidavit and examination of Jane Badets, additional affidavit of Marc Hamel, affidavit of Hubert Lussier, Director General of the Official Languages Support Programs Branch). Based on the evidence in the record, the Court finds that it would be premature to state that the NHS data will not be usable and, moreover, it is possible that the NHS methodology will be adjusted (see the article by Michael R. Veall, “2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now?” (2010), 36 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 395, at page 397; additional affidavit of Marc Hamel).

[36] It is true that the evidence in the record, including the many arguments and comments surrounding the census issue, shows that the mandatory long-form questionnaire has demonstrated its relevance and importance over the past decades. It is also indisputable that, in general, it is used and appreciated as an assessment tool by organizations, associations and researchers, among others. It seems to be preferred over the NHS. But that is not the issue. From a legal standpoint, the Court must ask itself the following question: by opting for a methodological change, that is, by replacing the mandatory long-form questionnaire by the voluntary NHS, did the

[34] Dans le même sens, l’affidavit de David A. Binder, statisticien-mathématicien à la retraite, exprime des réserves quant au recensement à caractère volontaire mais n’affirme pas catégoriquement que les données de l’ENM ne soient pas fiables. Le document intitulé « Certified Record (Rule 318) » admis en preuve indique que l’ENM ne produira pas la même qualité de données. En interrogatoire, Jane Badets, fonctionnaire à Statistique Canada et statisticienne, a toutefois exprimé l’avis qu’il était prématuré pour établir la qualité des données d’un recensement à caractère volontaire. L’affidavit de Marc Hamel, Directeur général par intérim, Statistique Canada, va également en ce sens.

[35] En fait, selon la Cour, la seule conclusion qui puisse être tirée de la preuve et des plaidoiries est qu’il existe une incertitude quant au degré de fiabilité des données qui émaneront de l’ENM. Cette Cour n’est pas convaincue que les données de l’ENM ne seront pas fiables au point qu’elles seront inutilisables (affidavit et interrogatoire de Jane Badets, affidavit supplémentaire de Marc Hamel, affidavit de Hubert Lussier, directeur général de la Direction générale des programmes d’appui aux langues officielles). La preuve au dossier amène la Cour à conclure qu’il serait prématuré d’avancer le constat que les données de l’ENM ne seront pas utilisables et, qui plus est, des ajustements à la méthodologie de l’ENM pourraient être apportés (voir l’article de Michael R. Veall, « 2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now? » (2010), 36 *Canadian Public Policy – Analyse de politiques* 395, à la page 397; affidavit supplémentaire de Marc Hamel).

[36] Par ailleurs, il est vrai que la preuve au dossier, incluant les nombreux débats et commentaires entourant la question du recensement, démontre que le questionnaire long obligatoire a confirmé sa pertinence et son importance au cours des dernières décennies. Il est également incontestable que, de façon générale, il est utilisé et apprécié notamment par des organismes, des associations et des chercheurs comme outil d’évaluation. Il semble être préféré à l’ENM. Mais là n’est pas la question. Sur le plan juridique, la Cour doit se poser la question suivante : en optant pour un changement méthodologique, c’est-à-dire en substituant le questionnaire

Governor in Council violate section 41 of the Act?

[37] At this point, we need to take a closer look at section 41 of the *Official Languages Act*.

[38] As mentioned above, the FCFA is relying on subsection 41(2) of the Act, which requires federal institutions to ensure that positive measures are taken to enhance the vitality of minority communities (subsection 41(1)). According to the FCFA, the mandatory long-form census is one of those positive measures that are mentioned in subsection 41(2) and, by adopting the August 12, 2010 Order in Council, the government therefore violated its duties under the Act.

[39] It should be specified that subsections 41(2) and (3) of the *Official Languages Act* made their way into the Act by means of an amendment in 2005 and are enforceable (*DesRochers*). As noted above, subsection 41(2) states that federal institutions have the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of subsection 41(1), which sets out the commitments to enhancing the vitality of English and French linguistic minority communities. Subsection 41(3) specifies that the Governor in Council may make regulations prescribing the manner in which federal institutions are to carry out their duties under subsection 41(2).

[40] However, Part VII of the Act—and specifically subsection 41(2)—does not in any way compel the government to collect any data whatsoever by means of the census. As a result, it does not, *a fortiori*, in any way require that data be collected by means of a mandatory long-form questionnaire. In fact, no provision of Part VII of the Act, or any other part of that Act—or, in fact, any part of the Charter—requires that data be collected by means of the census as the *sine qua non* of the rights it protects.

[41] Under these circumstances, the Court is of the opinion that there is no statutory basis for positive measures to be interpreted as including the duty to collect

long obligatoire pour l'ENM à caractère volontaire, le gouverneur en conseil a-t-il violé l'article 41 de la Loi?

[37] Il convient donc à ce stade-ci d'examiner de plus près l'article 41 de la *Loi sur les langues officielles*.

[38] Tel que mentionné plus haut, la FCFA s'appuie sur le paragraphe 41(2) de la Loi qui impose aux institutions fédérales de veiller à ce que des mesures positives soient prises afin de favoriser l'épanouissement des communautés minoritaires (paragraphe 41(1)). Selon la FCFA, le recensement long à caractère obligatoire fait partie de telles mesures positives dont il est fait mention au paragraphe 41(2) et, partant, en adoptant le décret du 12 août 2010, le gouvernement a violé ses obligations imposées par la Loi.

[39] Il faut préciser que les paragraphes 41(2) et (3) de la *Loi sur les langues officielles* ont effectué leur entrée dans ladite Loi par le truchement d'un amendement en 2005 et ont un caractère exécutoire (*DesRochers*). Tel que noté plus tôt, le paragraphe 41(2) rappelle qu'il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives afin de mettre en œuvre le paragraphe 41(1) qui lui, demeure déclaratoire d'engagements en matière d'épanouissement des minorités francophones et anglophones. Le paragraphe 41(3) précise que le gouverneur en conseil peut définir les modalités d'exécution des obligations des institutions fédérales dont il est question au paragraphe 41(2) par règlement.

[40] Or, la partie VII de la Loi — plus particulièrement son paragraphe 41(2) — ne contraint d'aucune manière le gouvernement à la collecte de quelques données que ce soit via le recensement. Du coup, elle n'impose *a fortiori* aucunement la collecte de données au moyen d'un questionnaire obligatoire long. En fait, aucune disposition de la partie VII de la Loi, ni aucune autre partie de cette loi — ni d'ailleurs de la Charte — ne requiert la collecte de données au moyen du recensement comme condition *sine qua non* de la base de l'octroi des droits qu'elle protège.

[41] Dans les circonstances, la Cour est d'avis qu'il n'existe pas de fondement législatif sur la base duquel des mesures positives puissent être interprétées comme

data through a mandatory long-form questionnaire. The only statutory basis in question is that of the *Statistics Act* concerning the duty to take a census (sections 19 and 21). The way in which the census is taken and the methodology are left to the government's discretion and the Court is of the opinion that neither Part VII of the *Official Languages Act* nor section 41 of that Act imposes on the Governor in Council a specific methodology in this regard. In fact, nothing indicates that Parliament, in enacting subsection 41(2) of the Act, intended to limit the Governor in Council's power and discretion to exercise a delegated legislation function authorized by other federal statutes, namely, the *Statistics Act*.

[42] It must be noted that the *Official Languages Act* does not prescribe any obligations that require the government to use a specific methodology such as the mandatory long-form questionnaire census. In fact, when Parliament wishes to proceed in such a way, it does so by way of regulations. Such was the case with the *Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations*, SOR/92-48, which requires that a census be held as a tool to determine sufficient numbers for the purposes of implementing Part IV of the *Official Languages Act*.

[43] The relevant paragraphs of the *Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations* read as follows:

INTERPRETATION

2. In these Regulations,

“Act” means the *Official Languages Act*;

...

“Method I” means the method of estimating first official language spoken that is described as Method I in *Population Estimates by First Official Language Spoken*, published by Statistics Canada in September 1989, which method gives consideration, firstly, to knowledge of the official languages, secondly, to mother tongue, and thirdly, to language spoken in the home, with any cases in which the available

comportant le devoir de recueillir des données par la voie d'un questionnaire long à caractère obligatoire. Le seul fondement législatif en cause est celui de la *Loi sur la statistique* relatif à l'obligation de tenir un recensement (articles 19 et 21). Or, la façon dont le recensement s'opère et la méthodologie sont laissées à la discrétion du gouvernement et la Cour est d'avis que ni la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* ni son article 41 n'imposent au gouverneur en conseil une méthodologie particulière en la matière. En effet, rien n'indique que le législateur en adoptant le paragraphe 41(2) de la Loi ait eu l'intention de restreindre le pouvoir et la discrétion du gouverneur en conseil de prendre des actes de législation déléguée autorisés par d'autres lois fédérales, nommément la *Loi sur la statistique*.

[42] Force est de constater que la *Loi sur les langues officielles* ne prescrit pas d'obligations qui assujettissent le gouvernement à une méthodologie spécifique tel que le recensement à questionnaire long obligatoire. En fait, quand le législateur a voulu procéder de la sorte, il l'a fait dans le cadre de la mise en œuvre d'un règlement. Ce fut le cas avec le *Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services*, DORS/92-48, qui lui exige la tenue d'un recensement comme outil pour déterminer le nombre suffisant pour la mise en œuvre de la partie IV de la *Loi sur les langues officielles*.

[43] Les paragraphes pertinents du *Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services* se lisent comme suit :

DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

« Loi » La *Loi sur les langues officielles*.

[...]

« méthode I » Méthode d'estimation de la première langue officielle parlée qui est décrite comme la méthode I dans la publication de Statistique Canada intitulée *Estimation de la population selon la première langue officielle parlée*, en date de septembre 1989, qui tient compte, premièrement, de la connaissance des langues officielles, deuxièmement, de la langue maternelle et, troisièmement, de la langue parlée

information is not sufficient for Statistics Canada to decide between English and French as the first official language spoken being distributed equally between English and French;

...

PART I

SIGNIFICANT DEMAND

Definition of English or French Linguistic Minority Population

3. “English or French linguistic minority population” means that portion of the population in a province in which an office or facility of a federal institution is located that is the numerically lower official language population in the province, as determined by Statistics Canada under Method I on the basis of

(a) for the purposes of paragraphs 5(1)(a), (b) and (d) to (r), subsection 5(2) and paragraph 7(4)(a),

(i) before the results of the 1991 census of population are published, the 1986 census of population taken pursuant to the *Statistics Act*, and

(ii) after the results of the 1991 census of population are published, the most recent decennial census of population for which results are published; and

...

Calculation of Population Numbers

4. (1) For the purposes of this Part, the number of persons of the English or French linguistic minority population in a province, CMA, CSD or service area is equal to the estimated number of persons of that population in that province, CMA, CSD or service area as determined by Statistics Canada under Method I on the basis of the census referred to in section 3.

[44] In the case at bar—Part IV of the Act not being at issue—the evidence does not contain any regulations made under Part VII of the Act (subsection 41(3)) that would involve defining a specific methodology in relation to the census and no regulations of that type were brought to the Court’s attention.

à la maison et qui comprend la répartition en parts égales entre le français et l’anglais des cas où les renseignements disponibles ne permettent pas à Statistique Canada de déterminer si la première langue officielle parlée est le français ou l’anglais.

[...]

PARTIE I

DEMANDE IMPORTANTE

Population de la minorité francophone ou anglophone

3. « Population de la minorité francophone ou anglophone » s’entend, relativement à la province où est situé un bureau d’une institution fédérale, de la population de l’une des langues officielles qui est minoritaire dans la province selon l’estimation faite par Statistique Canada conformément à la méthode I en fonction :

a) pour l’application des alinéas 5(1)a), b) et d) à r), du paragraphe 5(2) et de l’alinéa 7(4)a) :

(i) avant la publication des données du recensement de la population de 1991, des données du recensement de la population de 1986 fait en vertu de la *Loi sur la statistique*,

(ii) après la publication des données du recensement de la population de 1991, des données du plus récent recensement décennal de la population qui sont publiées;

[...]

Estimation des populations

4. (1) Pour l’application de la présente partie, le nombre de personnes représentant la population de la minorité francophone ou anglophone d’une province, d’une région métropolitaine de recensement, d’une subdivision de recensement ou d’une aire de service correspond au nombre estimatif déterminé par Statistique Canada selon la méthode I d’après le recensement visé à l’article 3.

[44] Dans le cas qui nous occupe — la partie IV de la Loi n’étant pas en cause — la preuve ne contient aucun règlement pris en vertu de la partie VII de la Loi (paragraphe 41(3)) qui consisterait à définir une méthodologie particulière par rapport au recensement et aucun règlement de cet acabit n’a été porté à l’attention de la Cour.

[45] This Court therefore finds that the Governor in Council, by adopting the August 12, 2010 Order in Council under the *Statistics Act*, did not go beyond the boundary of the enabling statute and did not violate section 41 of the Act. In these circumstances, there are no grounds for this Court to intervene.

[46] In view of the negative response to the first issue, the second issue does not arise and the Court is therefore not required to rule on it.

[47] For all these reasons, the Court dismisses this application for judicial review.

[45] Cette Cour conclut donc que le gouverneur en conseil, en adoptant le décret du 12 août 2010 en vertu de la *Loi sur la statistique*, n'a pas excédé les limites de la loi habilitante et n'a pas violé l'article 41 de la Loi. Dans les circonstances, il n'existe aucun motif d'intervention pour cette Cour.

[46] Compte tenu de la réponse négative à la première question en litige, la deuxième question en litige ne se pose pas et la Cour n'a donc pas à se prononcer.

[47] Pour toutes ces raisons, la Cour rejette cette demande de contrôle judiciaire.

JUDGMENT

THE COURT ORDERS AND ADJUGES that this application for judicial review be dismissed.

ANNEX

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 [ss. 42 (as am. by S.C. 1995, c. 11, s. 27), 43 (as am. *idem*), 76 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 183), 77 (as am. by S.C. 2005, c. 41, s. 2)]

PART VII

ADVANCEMENT OF ENGLISH AND FRENCH

Government policy **41.** (1) The Government of Canada is committed to

(a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and

(b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society.

Duty of federal institutions

(2) Every federal institution has the duty to ensure that positive measures are taken for the implementation of the commitments under

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE ET ADJUGE que la présente demande de contrôle judiciaire soit rejetée.

ANNEXE

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 [art. 42 (mod. par L.C. 1995, ch. 11, art. 27), 43 (mod., *idem*, art. 28), 76 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 183), 77 (mod. par L.C. 2005, ch. 41, art. 2)]

PARTIE VII

PROMOTION DU FRANÇAIS ET DE L'ANGLAIS

Engagement **41.** (1) Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il

Obligations des institutions fédérales

	subsection (1). For greater certainty, this implementation shall be carried out while respecting the jurisdiction and powers of the provinces.	demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.	
Regulations	(3) The Governor in Council may make regulations in respect of federal institutions, other than the Senate, House of Commons, Library of Parliament, office of the Senate Ethics Officer or office of the Conflict of Interest and Ethics Commissioner, prescribing the manner in which any duties of those institutions under this Part are to be carried out.	(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le bureau du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie leur impose.	Règlements
Coordination	42. The Minister of Canadian Heritage, in consultation with other ministers of the Crown, shall encourage and promote a coordinated approach to the implementation by federal institutions of the commitments set out in section 41.	42. Le ministre du Patrimoine canadien, en consultation avec les autres ministres fédéraux, suscite et encourage la coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales de cet engagement.	Coordination
Specific mandate of Minister of Canadian Heritage	43. (1) The Minister of Canadian Heritage shall take such measures as that Minister considers appropriate to advance the equality of status and use of English and French in Canadian society and, without restricting the generality of the foregoing, may take measures to	43. (1) Le ministre du Patrimoine canadien prend les mesures qu'il estime indiquées pour favoriser la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne et, notamment, toute mesure :	Mise en œuvre
	(a) enhance the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and support and assist their development;	a) de nature à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement;	
	(b) encourage and support the learning of English and French in Canada;	b) pour encourager et appuyer l'apprentissage du français et de l'anglais;	
	(c) foster an acceptance and appreciation of both English and French by members of the public;	c) pour encourager le public à mieux accepter et apprécier le français et l'anglais;	
	(d) encourage and assist provincial governments to support the development of English and French linguistic minority communities generally and, in particular, to offer provincial and municipal services in both English and French and to provide opportunities for members of English or French linguistic minority communities to be educated in their own language;	d) pour encourager et aider les gouvernements provinciaux à favoriser le développement des minorités francophones et anglophones, et notamment à leur offrir des services provinciaux et municipaux en français et en anglais et à leur permettre de recevoir leur instruction dans leur propre langue;	
	(e) encourage and assist provincial governments to provide opportunities for everyone in Canada to learn both English and French;	e) pour encourager et aider ces gouvernements à donner à tous la possibilité d'apprendre le français et l'anglais;	

(f) encourage and cooperate with the business community, labour organizations, voluntary organizations and other organizations or institutions to provide services in both English and French and to foster the recognition and use of those languages;

(g) encourage and assist organizations and institutions to project the bilingual character of Canada in their activities in Canada or elsewhere; and

(h) with the approval of the Governor in Council, enter into agreements or arrangements that recognize and advance the bilingual character of Canada with the governments of foreign states.

Public
consultation

(2) The Minister of Canadian Heritage shall take such measures as that Minister considers appropriate to ensure public consultation in the development of policies and review of programs relating to the advancement and the equality of status and use of English and French in Canadian society.

...

PART X

COURT REMEDY

Definition of
"Court"

76. In this Part, "Court" means the Federal Court.

Application
for remedy

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV, V or VII, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

Statistics Act, R.S.C., 1985, c. S-19

STATISTICS CANADA

Statistics
bureau

3. There shall continue to be a statistics bureau under the Minister, to be known as Statistics Canada, the duties of which are

(a) to collect, compile, analyse, abstract and publish statistical information relating to the

f) pour encourager les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres à fournir leurs services en français et en anglais et à favoriser la reconnaissance et l'usage de ces deux langues, et pour collaborer avec eux à ces fins;

g) pour encourager et aider les organisations, associations ou autres organismes à refléter et promouvoir, au Canada et à l'étranger, le caractère bilingue du Canada;

h) sous réserve de l'aval du gouverneur en conseil, pour conclure avec des gouvernements étrangers des accords ou arrangements reconnaissant et renforçant l'identité bilingue du Canada.

(2) Il prend les mesures qu'il juge aptes à assurer la consultation publique sur l'élaboration des principes d'application et la révision des programmes favorisant la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

[...]

PARTIE X

RECOURS JUDICIAIRE

Consultation

Définition de
« tribunal »

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Cour fédérale.

Recours

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV, V, ou VII, ou fondée sur l'article 91, peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

Loi sur la statistique, L.R.C. (1985), ch. S-19

STATISTIQUE CANADA

Bureau de la
statistique

3. Est maintenu, sous l'autorité du ministre, un bureau de la statistique appelé Statistique Canada, dont les fonctions sont les suivantes :

a) recueillir, compiler, analyser, dépouiller et publier des renseignements statistiques sur les

	commercial, industrial, financial, social, economic and general activities and condition of the people;	activités commerciales, industrielles, financières, sociales, économiques et générales de la population et sur l'état de celle-ci;	
	(b) to collaborate with departments of government in the collection, compilation and publication of statistical information, including statistics derived from the activities of those departments;	b) collaborer avec les ministères à la collecte, à la compilation et à la publication de renseignements statistiques, y compris les statistiques qui découlent des activités de ces ministères;	
	(c) to take the census of population of Canada and the census of agriculture of Canada as provided in this Act;	c) recenser la population du Canada et faire le recensement agricole du Canada de la manière prévue à la présente loi;	
	...	[...]	
Rules and instructions	7. The Minister may, by order, prescribe such rules, instructions, schedules and forms as the Minister deems requisite for conducting the work and business of Statistics Canada, the collecting, compiling and publishing of statistics and other information and the taking of any census authorized by this Act.	7. Le ministre peut, par arrêté, prescrire les règles, instructions, questionnaires et formules qu'il juge nécessaires pour les travaux et opérations de Statistique Canada, pour la collecte, la compilation et la publication des statistiques et autres renseignements et pour tout recensement autorisé par la présente loi.	Règles et instructions
Voluntary surveys	8. The Minister may, by order, authorize the obtaining, for a particular purpose, of information, other than information for a census of population or agriculture, on a voluntary basis, but where such information is requested section 31 does not apply in respect of a refusal or neglect to furnish the information.	8. Le ministre peut, par arrêté, autoriser l'obtention, à des fins particulières autres que le recensement de la population ou le recensement agricole, de renseignements à titre volontaire, mais l'article 31 ne s'applique pas en cas de refus ou de négligence de fournir les renseignements ainsi demandés.	Enquête volontaire
	...	[...]	
	POPULATION CENSUS AND AGRICULTURE CENSUS	RECENSEMENT DE LA POPULATION ET RECENSEMENT AGRICOLE	
Population census	19. (1) A census of population of Canada shall be taken by Statistics Canada in the month of June in the year 1971, and every fifth year thereafter in a month to be fixed by the Governor in Council.	19. (1) Le recensement de la population du Canada est fait par Statistique Canada à tous les cinq ans, à compter de juin 1971, dans le mois qui est fixé par le gouverneur en conseil.	Recensement de la population
Counts of electoral divisions	(2) The census of population shall be taken in such a manner as to ensure that counts of the population are provided for each federal electoral district of Canada, as constituted at the time of each census of population.	(2) Le recensement de la population est fait de façon à veiller à ce que le dénombrement de la population soit établi pour chaque circonscription électorale fédérale du Canada, telle qu'elle est constituée lors du recensement.	Dénombrement par division électorale
Decennial census	(3) A reference in any Act of Parliament, in any order, rule or regulation or in any contract or	(3) Lorsque, dans une loi fédérale ou dans une ordonnance, un décret, un arrêté, une règle,	Recensement décennal

other document made thereunder to a decennial census of population shall, unless the context otherwise requires, be construed to refer to the census of population taken by Statistics Canada in the year 1971 or in any tenth year thereafter.

un règlement ou dans un contrat ou autre document qui en découle, il est fait mention d'un recensement décennal de la population, cette mention doit, sauf si le contexte s'y oppose, être interprétée comme désignant le recensement de la population fait par Statistique Canada en 1971 ou dans la dernière année de l'une des décennies subséquentes.

...

[...]

Census questions

21. (1) The Governor in Council shall, by order, prescribe the questions to be asked in any census taken by Statistics Canada under section 19 or 20.

21. (1) Le gouverneur en conseil prescrit, par décret, les questions à poser lors d'un recensement fait en vertu des articles 19 ou 20.

Questions posées

Publication

(2) Every order made under subsection (1) shall be published in the *Canada Gazette* not later than thirty days after it is made.

(2) Chaque décret pris en vertu du paragraphe (1) est publié dans la *Gazette du Canada* au plus tard trente jours après qu'il a été pris.

Publication

GENERAL STATISTICS

STATISTIQUE GÉNÉRALE

General statistics

22. Without limiting the duties of Statistics Canada under section 3 or affecting any of its powers or duties in respect of any specific statistics that may otherwise be authorized or required under this Act, the Chief Statistician shall, under the direction of the Minister, collect, compile, analyse, abstract and publish statistics in relation to all or any of the following matters in Canada:

22. Sans pour autant restreindre les fonctions attribuées à Statistique Canada par l'article 3 ni porter atteinte à ses pouvoirs ou fonctions concernant des statistiques déterminées qui peuvent être par ailleurs autorisées ou exigées en vertu de la présente loi, le statisticien en chef doit, sous la direction du ministre, recueillir, compiler, analyser, dépouiller et publier, en ce qui concerne le Canada, des statistiques sur tout ou partie des sujets suivants :

Statistique générale

- (a) population;
- (b) agriculture;
- (c) health and welfare;
- (d) law enforcement, the administration of justice and corrections;
- (e) government and business finance;
- (f) immigration and emigration;
- (g) education;
- (h) labour and employment;
- (i) commerce with other countries;
- (j) prices and the cost of living;

- a) population;
- b) agriculture;
- c) santé et protection sociale;
- d) application des lois, administration de la justice et services correctionnels;
- e) finances publiques, industrielles et commerciales;
- f) immigration et émigration;
- g) éducation;
- h) travail et emploi;
- i) commerce extérieur;
- j) prix et coût de la vie;

(k) forestry, fishing and trapping;	k) forêts, pêches et piégeage;
(l) mines, quarries and wells;	l) mines, carrières et puits;
(m) manufacturing;	m) fabrication;
(n) construction;	n) construction;
(o) transportation, storage and communication;	o) transport, entreposage et communications;
(p) electric power, gas and water utilities;	p) services d'électricité, de gaz et d'eau;
(q) wholesale and retail trade;	q) commerce de gros et de détail;
(r) finance, insurance and real estate;	r) finance, assurance et immeuble;
(s) public administration;	s) administration publique;
(t) community, business and personal services; and	t) services communautaires, commerciaux, industriels et personnels;
(u) any other matters prescribed by the Minister or by the Governor in Council.	u) tous autres sujets prescrits par le ministre ou par le gouverneur en conseil.

Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48

INTERPRETATION

2. In these Regulations,

“Act” means the *Official Languages Act*;

...

“Method I” means the method of estimating first official language spoken that is described as Method I in *Population Estimates by First Official Language Spoken*, published by Statistics Canada in September 1989, which method gives consideration, firstly, to knowledge of the official languages, secondly, to mother tongue, and thirdly, to language spoken in the home, with any cases in which the available information is not sufficient for Statistics Canada to decide between English and French as the first official language spoken being distributed equally between English and French;

...

PART I

Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des Services, DORS/92-48

DÉFINITIONS

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

« Loi » La *Loi sur les langues officielles*.

[...]

« méthode I » Méthode d'estimation de la première langue officielle parlée qui est décrite comme la méthode I dans la publication de Statistique Canada intitulée *Estimation de la population selon la première langue officielle parlée*, en date de septembre 1989, qui tient compte, premièrement, de la connaissance des langues officielles, deuxièmement, de la langue maternelle et, troisièmement, de la langue parlée à la maison et qui comprend la répartition en parts égales entre le français et l'anglais des cas où les renseignements disponibles ne permettent pas à Statistique Canada de déterminer si la première langue officielle parlée est le français ou l'anglais.

[...]

PARTIE I

SIGNIFICANT DEMAND

*Definition of English or French Linguistic Minority
Population*

3. “English or French linguistic minority population” means that portion of the population in a province in which an office or facility of a federal institution is located that is the numerically lower official language population in the province, as determined by Statistics Canada under Method I on the basis of

(a) for the purposes of paragraphs 5(1)(a), (b) and (d) to (r), subsection 5(2) and paragraph 7(4)(a),

(i) before the results of the 1991 census of population are published, the 1986 census of population taken pursuant to the *Statistics Act*, and

(ii) after the results of the 1991 census of population are published, the most recent decennial census of population for which results are published; and

...

Calculation of Population Numbers

4. (1) For the purposes of this Part, the number of persons of the English or French linguistic minority population in a province, CMA, CSD or service area is equal to the estimated number of persons of that population in that province, CMA, CSD or service area as determined by Statistics Canada under Method I on the basis of the census referred to in section 3.

DEMANDE IMPORTANTE

*Population de la minorité francophone ou
anglophone*

3. « Population de la minorité francophone ou anglophone » s’entend, relativement à la province où est situé un bureau d’une institution fédérale, de la population de l’une des langues officielles qui est minoritaire dans la province selon l’estimation faite par Statistique Canada conformément à la méthode I en fonction :

a) pour l’application des alinéas 5(1)a), b) et d) à r), du paragraphe 5(2) et de l’alinéa 7(4)a) :

(i) avant la publication des données du recensement de la population de 1991, des données du recensement de la population de 1986 fait en vertu de la *Loi sur la statistique*,

(ii) après la publication des données du recensement de la population de 1991, des données du plus récent recensement décennal de la population qui sont publiées;

[...]

Estimation des populations

4. (1) Pour l’application de la présente partie, le nombre de personnes représentant la population de la minorité francophone ou anglophone d’une province, d’une région métropolitaine de recensement, d’une subdivision de recensement ou d’une aire de service correspond au nombre estimatif déterminé par Statistique Canada selon la méthode I d’après le recensement visé à l’article 3.

IMM-5285-09
2010 FC 1024

IMM-5285-09
2010 CF 1024

Afshin Zare (*Applicant*)

Afshin Zare (*demandeur*)

v.

c.

Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*défendeur*)

INDEXED AS: ZARE v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : ZARE c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Mandamin J.—Toronto, July 22; Ottawa, October 20, 2010.

Cour fédérale, juge Mandamin—Toronto, 22 juillet; Ottawa, 20 octobre 2010.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by visa officer refusing applicant's permanent resident visa application for failing to respond to e-mail request for information — Visa officer sending e-mail to applicant's agent, receiving delivery status notification (DSN) that e-mail successfully relayed — Agent declaring that e-mail request never received — Whether e-mail transmission resulting in denial of procedural fairness — Applicant not receiving visa officer's e-mail, not given notice of requirement to provide information — DSN message referring to relay of e-mail, not to receipt — Evidence herein that e-mail communication to applicant failing — Warsaw visa office not providing safeguard against possible e-mail transmission failure — Failure to properly communicate request resulting in breach of procedural fairness — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent du demandeur parce que ce dernier avait omis de répondre à la demande de renseignements transmise par courriel — L'agente des visas avait transmis un courriel au mandataire du demandeur et avait reçu une notification d'état de remise indiquant que le courriel avait été acheminé — Le mandataire a déclaré qu'il n'a jamais reçu la demande envoyée par courriel — Il s'agissait de savoir si la transmission par courriel a privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale — Le demandeur n'avait pas reçu le courriel de l'agente des visas et n'avait pas été avisé de l'exigence de fournir des renseignements supplémentaires — La notification d'état de remise indiquait que le courriel avait été relayé et non pas reçu — Certains éléments de preuve en l'espèce indiquaient que la communication avait échoué — Le bureau des visas de Varsovie n'a pas mis en place de mesures de protection pour parer à la possibilité de défaillance de la transmission des courriels — L'omission de communiquer dûment la demande a donc entraîné un manquement à l'équité procédurale — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent resident visa application under the skilled worker category for failing to respond to the visa officer's e-mail request for information.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de travailleur qualifié du demandeur parce que ce dernier avait omis de répondre à la demande de renseignements que l'agente des visas avait transmise par courriel.

The applicant's visa was initially processed at the visa office in Damascus, where documents were exchanged via e-mail with the applicant's agent. The applicant's file was transferred to the visa office in Warsaw, from where a visa officer sent an e-mail to the agent requesting more information about the applicant's work experience, and advising the

La demande de visa du demandeur a d'abord été traitée au bureau des visas de Damas, où des documents ont été échangés par courriel avec le mandataire du demandeur. Le dossier du demandeur a été transféré au bureau des visas à Varsovie, et une agente des visas de ce bureau a transmis un courriel au mandataire pour demander des renseignements

agent of the file transfer. The Warsaw visa office received a delivery status notification (DSN) stating that the message was successfully relayed to the agent. When no response was received, the visa officer refused the application and sent a refusal letter by post to the agent. The agent declared that the e-mail request was never received, and learned of the file transfer for the first time through the visa officer's refusal letter.

At issue was whether the applicant was denied procedural fairness by the e-mail transmission of the request to provide additional information.

Held, the application should be allowed.

The agent, and therefore the applicant, did not receive the visa officer's e-mail and was not given notice of the requirement to provide further information. The wording of the DSN message did not mean that the message was received by the agent. It referred to a relay of the e-mail, not its receipt, and thus could not be taken as evidence of delivery of the e-mail. While the risk of non-delivery rests with the applicant when a communication is correctly sent by a visa officer to an address provided by the applicant and there is no indication that the communication may have failed, there was evidence in the present case that the e-mail communication failed. Although the visa officer acted in good faith in sending the request by e-mail, the respondent has an obligation to deal with the applicant fairly, which goes beyond simply pressing the e-mail send button. Citizenship and Immigration Canada's protocol on e-mail communication with clients allows for the transmission of information via e-mail, but does not make mandatory safeguards to ensure the reliability of critical e-mail communications. Having applicants opt out of e-mail communication is not the solution to the risk of e-mail transmission failure. This would frustrate the protocol objective of enhanced operational efficiency and would be contrary to the statutory objective of prompt processing of visa applications as stated in paragraph 3(1)(f) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The solution lies in finding a strategy to deal with the occasional e-mail error, especially when an applicant has done everything to accommodate e-mail communication. The Warsaw visa office did not provide a safeguard against possible e-mail transmission failure, in contrast to the Damascus visa office which had both e-mailed and posted its request for documentation. The failure to communicate the request properly thus resulted in a breach of procedural fairness.

supplémentaires concernant l'expérience de travail du demandeur et indiquant au mandataire que le dossier avait été transféré. Le bureau des visas de Varsovie a reçu une notification d'état de remise indiquant que le courriel avait été acheminé à l'adresse électronique du mandataire. Lorsqu'elle n'a pas reçu de réponse, l'agente des visas a rejeté la demande et a transmis par la poste la lettre de refus au mandataire. Celui-ci a déclaré qu'il n'a jamais reçu la demande envoyée par courriel et que ce n'est que lorsqu'il a reçu la lettre de refus de l'agente des visas qu'il a appris que le dossier avait été transféré.

La question à trancher était celle de savoir si la transmission par courriel de la demande de fournir des renseignements supplémentaires a privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le mandataire, et par conséquent le demandeur, n'a pas reçu le courriel de l'agente des visas et il n'a pas été avisé de l'exigence de fournir des renseignements supplémentaires. Le libellé de la notification d'état ne signifiait pas que le message avait été reçu par le mandataire. Elle indiquait que le courriel avait été relayé et non pas reçu et elle ne pouvait donc pas être prise comme preuve de la remise du courriel. Bien que le risque de défaut de livraison repose sur les épaules du demandeur lorsqu'une lettre est envoyée correctement par un agent des visas à une adresse fournie par un demandeur et qu'il n'y a aucun indice de la possibilité que la communication ait échoué, certains éléments de preuve en l'espèce indiquaient que la communication avait échoué. Bien que l'agente des visas ait agi de bonne foi en envoyant la demande par courriel, le défendeur a l'obligation de traiter le demandeur avec équité, ce qui va au-delà de simplement appuyer sur la touche d'envoi des courriels. Le protocole sur les communications par courriel avec les clients de Citoyenneté et Immigration Canada autorise la transmission de renseignements par courriel, mais il ne rend pas obligatoires les mesures visant à assurer la fiabilité des transmissions par courriel de communications cruciales. Le fait que les demandeurs se soustraient aux communications par courriel n'est pas la solution au risque de défaillance de transmission des courriels. Cela irait à l'encontre de l'objet du protocole visant l'amélioration de l'efficacité opérationnelle et serait contraire à l'objet prévu par la loi de traitement efficace des demandes de visa exposé à l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. La solution consiste à trouver une stratégie pour traiter les erreurs occasionnelles qui surviennent avec les courriels, notamment lorsqu'un demandeur a fait tout son possible pour s'adapter à ce type de communication. Le bureau des visas de Varsovie n'a pas mis en place de mesures de

protection pour parer à la possibilité de défaillance de la transmission des courriels contrairement au bureau des visas de Damas qui avait auparavant à la fois envoyé par courriel et mis à la poste une demande visant à obtenir des documents. L'omission de communiquer dûment la demande a donc entraîné un manquement à l'équité procédurale.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 83.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 16, 72(1).

CASES CITED

APPLIED:

Kaur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FC 935.

CONSIDERED:

Abboud v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 876; *Alavi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 969, 92 Imm. L.R. (3d) 170.

REFERRED TO:

Yazdani v. Canada (Citizenship and Immigration), 2010 FC 885, 324 D.L.R. (4th) 552, 14 Admin. L.R. (5th) 74, 374 F.T.R. 149; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Rahim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1252, 58 Imm. L.R. (3d) 80; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1284, 337 F.T.R. 100, 76 Imm. L.R. (3d) 265; *Ilahi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1399, 58 Imm. L.R. (3d) 52; *Shah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 207; *Yang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 124, 79 Admin. L.R. (4th) 195; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 75, 362 F.T.R. 277.

APPLICATION for judicial review of a decision by a visa officer refusing the applicant's permanent resident visa application under the skilled worker category for failing to respond to the visa officer's e-mail request for information. Application allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 16, 72(1).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 83.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Kaur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CF 935.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Abboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 876; *Alavi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 969.

DÉCISIONS CITÉES :

Yazdani c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2010 CF 885; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Rahim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1252; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1284; *Ilahi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1399; *Shah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 207; *Yang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 124; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 75.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent à titre de travailleur qualifié du demandeur parce que ce dernier avait omis de répondre à la demande de renseignements que l'agente des visas avait transmise par courriel. Demande accueillie.

APPEARANCES

Max Chaudhary for applicant.
Marina Stefanovic for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Chaudhary Law Office, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] MANDAMIN J.: Afshin Zare has applied, pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), for judicial review of a visa officer's August 27, 2009 refusal of his application for a permanent resident visa as a skilled worker. The visa officer refused the application because the applicant failed to provide certain documentation required by the visa officer's e-mail request for information.

[2] This matter involves an application for a permanent resident visa filed by the applicant at the visa office at the Canadian Embassy in Damascus. The application file was transferred from the Damascus visa office to the visa office at the Canadian Embassy in Warsaw, Poland. The issue concerns the June 26, 2009 e-mail letter from the visa officer in Warsaw requesting further information about the applicant's work experience as a pharmacist. The applicant did not respond but says the e-mail request was not received by his representative.

[3] The issue involves the same situation that arose in six other recent judicial review applications consolidated under *Yazdani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 885, 324 D.L.R. (4th) 552, as well as in two other cases: *Abboud v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 876 and *Alavi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 969, 92 Imm. L.R. (3d) 170. All involved errant e-mails sent from the visa office in Warsaw which were not received by the respective applicant's representative.

ONT COMPARU

Max Chaudhary pour le demandeur.
Marina Stefanovic pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Chaudhary Law Office, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MANDAMIN : Afshin Zare a demandé, en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), le contrôle judiciaire de la décision, datée du 27 août 2009, par laquelle une agente des visas a rejeté sa demande de visa de résident permanent à titre de travailleur qualifié. L'agente des visas a rejeté la demande parce que le demandeur a omis de fournir certains documents exigés par la demande de renseignements que l'agente des visas a transmise par courriel.

[2] La présente affaire vise une demande de visa de résident permanent déposée par le demandeur au bureau des visas à l'ambassade du Canada à Damas. Le dossier de demande a été transféré du bureau des visas de Damas au bureau des visas de l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne. La question concerne le courriel du 26 juin 2009 de l'agente des visas à Varsovie demandant des renseignements supplémentaires concernant l'expérience professionnelle du demandeur à titre de pharmacien. Le demandeur n'y a pas répondu, mais il soutient que son mandataire n'a pas reçu la demande envoyée par courriel.

[3] La question vise la même situation que celle de six autres demandes de contrôle judiciaire récentes qui ont été réunies sous l'affaire *Yazdani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 885, et sous deux autres affaires, *Abboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 876 et *Alavi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 969. Toutes ces affaires visaient des courriels errants qui avaient été envoyés du bureau des visas à Varsovie et que les représentants respectifs des demandeurs n'avaient pas reçus.

[4] For reasons that follow, I am granting the application for judicial review.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueille la demande de contrôle judiciaire.

Background

Contexte

[5] The applicant, Afshin Zare, submitted an application under the economic class for a permanent resident visa in Canada to the Canadian Embassy in Damascus, Syria on February 19, 2004. The Damascus visa office was notified by facsimile that Amirsalam & Damitz (the agent) were the new representatives for the applicant. The agent provided a business address including an e-mail address.

[5] Le 19 février 2004, le demandeur, Afshin Zare, a présenté, à l'ambassade du Canada à Damas, en Syrie, une demande de visa de résidence permanente au Canada à titre de membre de la catégorie « immigration économique ». Le bureau des visas de Damas a été avisé par télécopieur qu'Amirsalam & Damitz (le mandataire) étaient les nouveaux représentants du demandeur. Le mandataire a fourni une adresse d'affaires ainsi qu'une adresse électronique.

[6] On April 25, 2008, the agent e-mailed the Damascus visa office a "Use of Representative Form" signed by the applicant which included the agent's e-mail address. The agent advised of the applicant's concern about updating his contact information, requested the correction of the applicant's mailing address and phone number, and asked for acknowledgement of receipt of the message.

[6] Le 25 avril 2008, le mandataire a envoyé par courriel au bureau des visas de Damas un formulaire intitulé « Recours aux services d'un représentant » signé par le demandeur et qui incluait l'adresse électronique du mandataire. Le mandataire a fait part du souci du demandeur concernant la mise à jour des renseignements pour le joindre, a demandé la correction de l'adresse postale et du numéro de téléphone du demandeur et a demandé un accusé de réception du message.

[7] On June 5, 2008, the Damascus visa office sent an e-mail reply to the agent advising the application was still in the preliminary stage of assessment.

[7] Le 5 juin 2008, le bureau des visas de Damas a répondu par courriel au mandataire que la demande était toujours à la phase préliminaire d'évaluation.

[8] On September 21, 2008, by way of e-mail and mail, the visa officer in the Damascus visa office sent the agent a request for an updated application and supporting documentation. The agent submitted the updated application and documentation to the Damascus visa office on December 24, 2008.

[8] Le 21 septembre 2008, l'agent des visas du bureau des visas de Damas a envoyé au mandataire, par courriel et par la poste, une demande mise à jour et des documents justificatifs. Le mandataire a présenté la mise à jour de la demande et les documents au bureau des visas de Damas le 24 décembre 2008.

[9] On May 26, 2009, the applicant's file was transferred from the Damascus visa office to the visa office at the Canadian Embassy in Warsaw, Poland as part of the effort by Citizenship and Immigration Canada (CIC) to process files held up in substantial processing queues. Processing of the applicant's file thereafter was conducted by the Warsaw visa office.

[9] Le 26 mai 2009, le dossier du demandeur a été transféré du bureau des visas de Damas au bureau des visas de l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne, dans le cadre des mesures prises par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) en vue d'accélérer le traitement des dossiers accusant un grand retard. C'est le bureau des visas de Varsovie qui s'est occupé du traitement du dossier du demandeur à partir de ce moment-là.

[10] On June 26, 2009, the visa officer in Warsaw noted the applicant was a self-employed pharmacist and requested more documentation concerning his work experience. The officer sent an e-mail request to the agent's e-mail address requesting the applicant to submit evidence of his business and other related documentation.

[11] In the June 26, 2009 e-mail, the visa officer advised that the applicant's file had been transferred to the Warsaw visa office and required the applicant submit the requested items within 60 days from the date of the e-mail letter. The officer advised if the information was not provided, a decision would be made on the basis of the documentation in hand.

[12] On sending the e-mail, the Warsaw visa office received a delivery status notification (DSN) to the effect that the June 26, 2009 e-mail was relayed to the agent's e-mail address. The relevant portion of the DSN message states:

From: POSTMASTER (AITE)
Sent: June 26, 2009 8:34 AM

...

Subject: Delivery Status Notification (Relay)

Attachments: ATT343272.txt; FILE B046073226 NAMES:
ZARE, AFSHIN

...

This is an automatically generated Delivery Status Notification.

Your message has been successfully relayed to the following recipients, but the requested delivery status notifications may not be generated by the destination.

canimmig@idirect.com

[13] Neither the applicant nor his agent responded.

[10] Le 26 juin 2009, l'agente des visas de Varsovie a constaté que le demandeur était un pharmacien autonome et a demandé des documents supplémentaires concernant son expérience professionnelle. L'agente a transmis une demande par courriel, à l'adresse électronique du mandataire, dans laquelle elle requérait du demandeur qu'il présente une preuve de l'existence de son entreprise et d'autres documents connexes.

[11] Dans le courriel du 26 juin 2009, l'agente des visas a indiqué que le dossier du demandeur avait été transféré au bureau des visas de Varsovie et a enjoint au demandeur de présenter les documents demandés dans un délai de 60 jours à compter de la date du courriel. L'agente a indiqué que si les renseignements n'étaient pas fournis, une décision serait prise en fonction des documents dont elle disposait.

[12] Après l'envoi du courriel, le bureau des visas de Varsovie a reçu une notification d'état de remise indiquant que le courriel du 26 juin 2009 avait été acheminé à l'adresse électronique du mandataire. La partie pertinente de cette notification prenait la forme suivante :

[TRANSLATION]

De : POSTMASTER (AITE)
Envoyé : 26 juin 2009 8 h 34

[...]

Objet : Notification d'état de remise (relais)

Pièces jointes : ATT343272.txt; FICHER B046073226
NOMS : ZARE, AFSHIN

[...]

Cette notification d'état de remise est générée automatiquement.

Votre message a été correctement relayé aux destinataires suivants, mais il se peut que la destination ne génère pas les notifications d'état de remise demandées.

canimmig@idirect.com

[13] Ni le demandeur ni son mandataire n'ont répondu.

[14] Since there was no response to the June 26, 2009 e-mail request, the visa officer assessed the application on the basis of the information on file. On August 27, 2009, in part because of the failure to provide the requested documentation concerning the applicant's work experience, the visa officer refused the application for a permanent resident visa. The visa officer sent the refusal letter by post to the agent explaining the negative assessment.

[15] On September 23, 2009, the agent sent an e-mail to the Damascus visa office requesting an update on the status of the applicant's application. Six days later, on September 29, 2009, the agent received the visa officer's posted refusal letter. The agent says this was the first time he learned the applicant's file had been transferred to the visa office in the Canadian Embassy in Warsaw, Poland.

[16] The agent declares he never received the June 26, 2009 e-mail request. The agent requested the visa officer reconsider but reports that the officer refused, insisting the June 26, 2009 e-mail was received by the agent.

Decision Under Review

[17] The visa officer's refusal letter, dated August 27, 2009, states in part:

Moreover, you were requested to provide additional evidence of your work experience as a self-employed person by correspondence of 26 June 2009, within a sixty day period, however, no response was received from you. Given your failure to provide the information requested by letter of 21 September 2008 and by correspondence of 26 June 2009 I am not satisfied that you meet the second or third part of the requirements mentioned above for your stated occupation of a Pharmacist (NOC 3131) because the information provided does not satisfy me that you meet the minimum requirements of section 75 of the Regulations in this occupation.

...

[14] Puisqu'il n'y a eu aucune réponse à la demande envoyée par courriel le 26 juin 2009, l'agente des visas a évalué la demande en fonction des renseignements versés au dossier. Le 27 août 2009, en partie en raison de l'omission de fournir les documents demandés concernant l'expérience professionnelle du demandeur, l'agente des visas a rejeté la demande de visa de résident permanent. Elle a transmis par la poste la lettre de refus au mandataire expliquant l'évaluation défavorable.

[15] Le 23 septembre 2009, le mandataire a envoyé un courriel au bureau des visas de Damas pour savoir où en était le traitement de la demande du demandeur. Six jours plus tard, soit le 29 septembre 2009, le mandataire a reçu la lettre de refus de l'agente des visas qui avait été mise à la poste. Selon le mandataire, ce n'est qu'alors qu'il a appris que le dossier du demandeur avait été transféré au bureau des visas de l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne.

[16] Le mandataire déclare qu'il n'a jamais reçu la demande envoyée par courriel le 26 juin 2009. Il a demandé que l'agente des visas réexamine la demande, mais elle aurait refusé de le faire au motif qu'il avait reçu le courriel du 26 juin 2009.

La décision faisant l'objet du présent contrôle

[17] Voici des extraits de la lettre de refus de l'agente des visas, datée du 27 août 2009 :

[TRADUCTION] De plus, on vous a demandé, dans une lettre datée du 26 juin 2009, de fournir dans un délai de 60 jours des éléments de preuve supplémentaires concernant votre expérience professionnelle à titre de travailleur autonome. Nous n'avons cependant reçu aucune réponse de votre part. Compte tenu de votre omission de fournir les renseignements demandés par lettres en date du 21 septembre 2008 et du 26 juin 2009, je ne suis pas convaincue que vous répondez à la deuxième ou troisième partie des exigences susmentionnées concernant la profession de pharmacien (CNP 3131) que vous avez déclarée parce que les renseignements fournis ne me convainquent pas que vous répondez aux exigences minimales de l'article 75 du Règlement à l'égard de cette profession.

[...]

Following an examination of your application, I am not satisfied that you meet the requirements of the Act and the regulation for the reasons explained above. I am therefore refusing you application.

[18] It is clear the visa officer considered the applicant's failure to provide the information requested in the June 26, 2009 e-mail request a significant factor in the refusal decision.

Standard of Review

[19] The Supreme Court of Canada, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, has said that a reviewing court need not conduct a standard of review analysis in every case and may look to whether the standard of review has been previously determined.

[20] The question of whether a visa officer has provided an applicant with a meaningful opportunity to respond to the visa officer's concerns is a question of procedural fairness: *Rahim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1252, 58 Imm. L.R. (3d) 80, at paragraph 12.

[21] Questions of procedural fairness are assessed on a correctness standard: *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1284, 337 F.T.R. 100.

Legislation

[22] The relevant provision of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) is:

Obligation
— answer
truthfully

16. (1) A person who makes an application must answer truthfully all questions put to them for the purpose of the examination and must produce a visa and all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires.

Après avoir examiné votre demande, je ne suis pas convaincue que vous répondez aux exigences de la Loi et du Règlement pour les motifs expliqués ci-dessus. Je rejette donc votre demande.

[18] Il est clair que l'agente des visas jugeait que l'omission du demandeur de fournir les renseignements demandés dans le courriel du 26 juin 2009 constituait un élément important de la décision de refus.

Norme de contrôle

[19] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a dit que la cour de révision n'a pas toujours à se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle et qu'elle peut voir si la norme de contrôle a déjà été établie dans des décisions antérieures.

[20] La question de savoir si un agent d'immigration a donné au demandeur une possibilité réelle de répondre aux préoccupations de l'agent des visas est une question d'équité procédurale (*Rahim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1252, au paragraphe 12).

[21] La norme de contrôle applicable aux questions d'équité procédurale est celle de la décision correcte (*Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1284).

Disposition législative

[22] La disposition applicable de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) est rédigée comme suit :

Obligation
du
demandeur

16. (1) L'auteur d'une demande au titre de la présente loi doit répondre véridiquement aux questions qui lui sont posées lors du contrôle, donner les renseignements et tous éléments de preuve pertinents et présenter les visa et documents requis.

Issue

[23] I consider the issue in this case to be:

Was the applicant denied procedural fairness by the e-mail transmission of the request to provide additional information?

Analysis

[24] From the reasons that follow, I find that the June 26, 2009 Warsaw e-mail by the visa officer in Warsaw was not received by the agent.

[25] The applicant's agent has declared by affidavit that he did not receive the June 26, 2009 e-mail. He introduced expert evidence in support of his application.

[26] Ray Xiangyang Wang is a computer professional with 10 years of university study in the field of computer science and who holds BSc, MSc and PhD degrees. He has worked as a programmer, project manager, business analyst, and application consultant in the field for 17 years. His credentials were not challenged and he was not cross-examined on his affidavit. I am prepared to accept him as an expert with knowledge of computer science and he may offer opinion evidence about the use of e-mail communications.

[27] Mr. Wang stated that e-mail is delivered by simple mail transfer protocol (SMTP) through Internet service providers. He opines that "[i]t is well known that the original mail service provides limited mechanisms for tracking a transmitted message and none for verifying that it has been delivered or read. It requires that each mail server must either deliver onward or return a failure notice (bounce message), but both software bugs and system failures can cause messages to be lost".

Question en litige

[23] J'estime que la question à trancher dans la présente demande est la suivante :

La transmission par courriel de la demande de fournir des renseignements supplémentaires a-t-elle privé le demandeur de son droit à l'équité procédurale?

Analyse

[24] Pour les motifs qui suivent, je conclus que le courriel de Varsovie du 26 juin 2009 envoyé par l'agente des visas à Varsovie n'a pas été reçu par le mandataire.

[25] Le mandataire du demandeur a déclaré dans un affidavit qu'il n'a pas reçu le courriel du 26 juin 2009. Il a présenté une preuve d'expert à l'appui de sa demande.

[26] Ray Xiangyang Wang est un informaticien qui compte 10 années d'études universitaires dans le domaine des sciences informatiques et est titulaire d'un baccalauréat en sciences, d'une maîtrise en sciences et d'un doctorat. Il travaille dans le domaine depuis 17 ans et a occupé des postes de programmeur, gestionnaire de projets, analyste en informatique de gestion et consultant en applications. Ses titres de compétences n'ont pas été contestés et il n'a pas été contre-interrogé sur son affidavit. Je suis disposé à l'accepter comme expert possédant des connaissances en sciences informatiques et il peut offrir un témoignage d'opinion à propos de l'utilisation des communications par courriel.

[27] M. Wang a déclaré qu'un courriel est livré par protocole SMTP [protocole de transfert de courrier simple] par l'entremise de fournisseurs d'accès Internet. Selon lui, [TRADUCTION] « [o]n sait fort bien que le service de courrier initial offre des mécanismes limités pour assurer le suivi d'un message transmis et n'offre aucun mécanisme pour vérifier qu'il a été remis ou lu. Ainsi, chaque serveur de courrier doit poursuivre l'envoi ou envoyer un avis d'échec (avis de non-livraison), mais

[28] The respondent provided an affidavit by the visa officer who deposed that the CIC implemented a protocol on e-mail communication with clients and that they (presumably the Warsaw visa office) have been using e-mail to correspond with clients since 2006. E-mail is the preferred communication method when an e-mail address is provided by clients because it is timely and cost effective. The visa officer deposes that upon sending an e-mail the visa office requests delivery notice; that is a delivery status notification (DSN).

[29] The officer deposes she is advised by IT personnel and verily believes the information and opinions provided to be true. She then repeats some of the IT information provided stating:

I am advised by our IT personnel and verily believe that if our e-mail message is not delivered, we usually receive an e-mail message stating that the correspondence was not delivered....

I am informed by our IT personnel and verily believe that the delivery status notification means the e-mail was received by the applicant's server for delivery to the e-mail address canimmig@direct.com.

[30] In an application such as this, an affiant must be available for examination on affidavit as provided in rule 83 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] which requires any affiant be available for cross-examination. The person who is the source of the expert opinion, the IT specialist, should be available for cross-examination on the affidavit but, here, the source of that expert opinion is not available for examination. This indirect means of introducing expert opinion evidence by way of information and belief in an affidavit is impermissible since there is no way to determine what knowledge the expert possesses or test the facts upon which the expert opinion is based.

les bogues logiciels et les défaillances du système peuvent tous deux causer la perte des messages. »

[28] Le défendeur a fourni un affidavit souscrit par l'agente des visas qui a déclaré que CIC a mis en œuvre un protocole sur les communications par courriel avec les clients et qu'il (vraisemblablement le bureau des visas de Varsovie) utilisait des courriels pour correspondre avec les clients depuis 2006. Les courriels sont le moyen de communication privilégié lorsqu'une adresse électronique est fournie par les clients parce qu'ils sont rapides et économiques. L'agente des visas soutient qu'à l'envoi d'un courriel, le bureau des visas demande un avis de livraison; il s'agit d'une notification d'état de remise.

[29] L'agente soutient qu'elle est conseillée par le personnel chargé de la TI et qu'elle croit sincèrement que les renseignements et opinions donnés sont véridiques. Elle répète alors certains renseignements fournis par le personnel chargé de la TI :

[TRADUCTION] Je suis conseillée par les membres de notre personnel chargé de la TI et je crois sincèrement que si notre courriel n'est pas remis, nous recevons habituellement un courriel indiquant que le message n'a pas été remis [...]

Les membres de notre personnel chargé de la TI m'ont dit, et je crois sincèrement, que la notification d'état de remise signifie que le courriel a été reçu par le serveur du demandeur pour envoi à l'adresse canimmig@direct.com.

[30] Dans une demande telle que la présente, l'auteur d'un affidavit doit pouvoir être interrogé sur son affidavit, comme le prévoit la règle 83 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] qui exige que l'auteur d'un affidavit puisse être contre-interrogé. La personne qui est la source de l'opinion d'expert, le spécialiste de la TI, devrait pouvoir être contre-interrogée sur l'affidavit, mais en l'espèce, la source de cette opinion d'expert ne peut être interrogée. Cette façon indirecte de présenter un témoignage d'opinion d'expert au moyen de renseignements et de croyances dans un affidavit est inadmissible puisqu'il est impossible de déterminer les connaissances que possède l'expert ou de mettre à l'épreuve les faits sur lesquels se fonde l'opinion d'expert.

[31] In result, the expert opinion of Mr. Wang is unchallenged. His evidence is that e-mail messages may be lost without delivery to the recipient or notification of the failure back to the sender.

[32] In addition, one may have regard to the language of the DSN message. The respondent's reliance on the DSN message as proof of delivery is not supported by the language of the DSN message itself. It is clear from the wording of the June 26, 2009 DSN response received back did not mean that the message had been received by the agent. The DSN message refers to a relay of the e-mail, not its receipt. The DSN message cannot be taken, without more, as evidence of delivery of the e-mail to the recipient's e-mail address.

[33] I am persuaded on the balance of probabilities that the agent did not receive the June 26, 2009 e-mail request for the following reasons:

- a. the agent previously successfully corresponded with the Damascus visa office by e-mail;
- b. the agent conveyed the applicant's concern about maintaining updated contact information to the Damascus visa office;
- c. the agent responded to the Damascus visa office's September 26, 2008 e-mail and posted request for an updated application and documents;
- d. the agent was awaiting further information about the application as demonstrated by his e-mail enquiry to the Damascus visa office on September 23, 2009, asking about the status of the applicant's application (this request was sent prior to receiving the Warsaw visa officer's posted refusal letter on September 29, 2009);
- e. the agent declares by affidavit that he never received the June 26, 2009 e-mail and he was not challenged by any cross-examination affidavit;

[31] Par conséquent, l'opinion d'expert de M. Wang n'est pas contestée. D'après son témoignage, des courriels peuvent être perdus sans être remis aux destinataires ou sans qu'un avis d'échec soit envoyé à l'expéditeur.

[32] De plus, il est possible de tenir compte du libellé de la notification d'état de remise. Le fait que le défendeur s'appuie sur celle-ci comme preuve de remise n'est pas étayé par le libellé de la notification d'état de remise elle-même. Il ressort clairement du libellé que la notification d'état de remise du 26 juin 2009 reçue en réponse ne signifiait pas que le message avait été reçu par le mandataire. Cette notification indique que le courriel a été relayé et non pas reçu. Elle ne peut pas, sans plus d'indications, être prise comme preuve de la remise du courriel à l'adresse électronique du destinataire.

[33] Je suis convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que le mandataire n'a pas reçu la demande envoyée par courriel le 26 juin 2009 pour les raisons suivantes :

- a. le mandataire a auparavant correspondu avec succès par courriel avec le bureau des visas de Damas;
- b. le mandataire a transmis au bureau des visas de Damas le souci du demandeur concernant le maintien de la mise à jour des renseignements pour le joindre;
- c. le mandataire a répondu au courriel du 26 septembre 2008 envoyé par le bureau des visas de Damas et à la demande transmise par la poste visant à obtenir une mise à jour de la demande et des documents;
- d. le mandataire attendait des renseignements supplémentaires à propos de la demande, comme le montre son courriel envoyé au bureau des visas de Damas le 23 septembre 2009, qui visait à savoir où en était le traitement de la demande du demandeur (ce courriel a été envoyé avant la réception, le 29 septembre 2009, de la lettre de refus de l'agente des visas de Varsovie envoyée par la poste);
- e. le mandataire déclare dans un affidavit qu'il n'a jamais reçu le courriel du 26 juin 2009, et cette affirmation n'a pas été contestée par un contre-interrogatoire sur son affidavit;

f. the wording of the DSN message, at best, shows the e-mail as relayed but does not confirm the e-mail message was received; and

g. the applicant's expert opined that e-mail messages may be lost because of software bugs and system failures without notification of the failure back to the sender.

[34] I am satisfied the agent's e-mail was working properly and the agent was properly attending to the business of the applicant's application for a permanent resident visa. I conclude the agent, and therefore the applicant, did not receive the June 26, 2009 e-mail and therefore was not given notice of the requirement to provide further information.

[35] A visa officer's request for additional information is an important step in the visa application process. Subsection 16(1) of IRPA provides that "[a] person who makes an application ... must produce ... all relevant evidence and documents that the officer reasonably requires." Failure to respond renders an applicant non-compliant with the legislation.

[36] The jurisprudence on e-mail follows jurisprudence established for mail and telephone facsimile transmissions. An applicant has the burden of ensuring his or her application is complete and, where an applicant provides an address, post, facsimile or e-mail, the risk of non-delivery rests with the applicant provided there is no indication that the communication may have failed: *Ilahi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1399, 58 Imm. L.R. (3d) 52; *Shah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 207; *Yang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 124, 79 Admin. L.R. (4th) 195; *Kaur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 935; and *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 75, 362 F.T.R. 277.

[37] In the above cases, the issue turns on a finding of fault by one of the parties. Where the visa officer could not prove that he had sent the notice, the respondent is to bear the risk for missed communications: *Ilahi*. Where

f. le libellé de la notification d'état de remise indique, au mieux, que le courriel a été relayé mais ne confirme pas que le courriel a été reçu;

g. l'expert du demandeur était d'avis que les courriels peuvent se perdre en raison de bogues logiciels et de défaillances du système sans qu'un avis d'échec de remise soit envoyé à l'expéditeur.

[34] Je suis convaincu que le courriel du mandataire fonctionnait adéquatement et que le mandataire s'occupait adéquatement de la demande de visa de résident permanent du demandeur. Je conclus que le mandataire, et par conséquent le demandeur, n'a pas reçu le courriel du 26 juin 2009 et qu'il n'a donc pas été avisé de l'exigence de fournir des renseignements supplémentaires.

[35] Une demande de renseignements supplémentaires formulée par un agent des visas constitue une étape importante du processus de demande de visa. Le paragraphe 16(1) de la LIPR prévoit ce qui suit : « L'auteur d'une demande [...] doit [...] donner [...] tous éléments de preuve pertinents et [...] documents requis. » En omettant de répondre à une demande, un demandeur ne se conforme pas à la Loi.

[36] La jurisprudence relative aux courriels suit la jurisprudence établie à l'égard des transmissions par courrier et par télécopieur. Le demandeur a le fardeau d'assurer que sa demande est complète et, lorsqu'il fournit une adresse, qu'il s'agisse d'une adresse postale, d'un numéro de télécopieur ou d'un courriel, le demandeur assume le risque de défaut de livraison pourvu que rien ne tende à indiquer que la communication a échoué (*Ilahi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1399; *Shah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 207; *Yang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 124; *Kaur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 935; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 75).

[37] Dans les affaires susmentionnées, le litige repose sur une conclusion de faute de la part de l'une des parties. Dans les cas où l'agent des visas n'était pas en mesure de prouver qu'il avait envoyé l'avis en question,

the visa officer had proved that he had sent the notice, but the communication was missed due to an error on the part of the applicant (such as discontinuance of an e-mail address or blocking by spam filter), the applicant is to bear the risk: *Kaur*.

[38] *Kaur* involved e-mail communications. In that case Justice Barnes set out a qualification in respect of the applicant's burden. He stated, at paragraph 12:

In summary, when a communication is correctly sent by a visa officer to an address (e-mail or otherwise) that has been provided by an applicant which has not been revoked or revised and where there has been no indication received that the communication may have failed, the risk of non-delivery rests with the applicant and not with the respondent. [Emphasis added.]

In the case at hand, there is evidence the crucial June 26, 2009 e-mail communication failed.

[39] In arguing that it should not bear the risk for a failed e-mail communication, the respondent submits that the duty of procedural fairness is limited in cases of applications for permanent resident visas made from outside Canada stating that section 16 of IRPA requires that a person seeking an entry visa must provide all relevant documents the visa officer reasonably requires. However, that is based on the premise that the applicant was actually provided with the officer's request.

[40] The visa officer may have sent the e-mail but I have held the evidence does not establish it reached the applicant. Although I am satisfied that the visa officer has acted in good faith in sending the request by e-mail, the respondent has an obligation to deal with the applicant fairly which goes beyond simply pressing the e-mail send button.

[41] The respondent says that in considering the procedural fairness practices, one must consider the sheer volume of visa applications handled by visa offices as noted by Justice Barnes in *Zhang*. The respondent states

le défendeur devait assumer les risques des communications non reçues (*Ilahi*). Dans les cas où l'agent des visas avait prouvé qu'il avait envoyé l'avis, mais que la communication avait échoué en raison d'une erreur de la part du demandeur (tel qu'un changement d'adresse électronique ou le blocage par un filtre de pourriel), le demandeur devait assumer le risque (*Kaur*).

[38] La décision *Kaur* concernait des communications par courriel. Dans cette affaire, le juge Barnes a énoncé une réserve à l'égard du fardeau du demandeur. Il a déclaré ce qui suit au paragraphe 12 :

En résumé, lorsqu'une lettre est envoyée correctement par un agent des visas à une adresse (électronique ou autre) fournie par un demandeur, que cette adresse n'a pas fait l'objet d'une révocation ou d'une révision, et qu'on n'a reçu aucun indice de la possibilité que la communication ait échoué, le risque de défaut de livraison repose sur les épaules du demandeur, et non du défendeur. [Non souligné dans l'original.]

Dans la présente affaire, certains éléments de preuve tendent à indiquer que la communication cruciale du 26 juin 2009 par courriel a échoué.

[39] Faisant valoir qu'il ne devrait pas assumer le risque d'une défaillance d'une communication par courriel, le défendeur soutient que l'obligation d'équité procédurale se limite aux cas des demandes de visa de résident permanent présentées à l'extérieur du Canada qui indiquent que l'article 16 de la LIPR exige qu'une personne qui cherche à obtenir un visa d'entrée fournisse tous les documents pertinents requis. Cette exigence s'appuie toutefois sur la prémisse que le demandeur a réellement reçu la demande de l'agente.

[40] Il se peut que l'agente ait envoyé le courriel, mais j'ai conclu que la preuve n'établit pas qu'il est parvenu au demandeur. Bien que je sois convaincu que l'agente des visas a agi de bonne foi en envoyant la demande par courriel, le défendeur a l'obligation de traiter le demandeur avec équité, ce qui va au-delà de simplement appuyer sur la touche d'envoi des courriels.

[41] Le défendeur soutient que, compte tenu des pratiques relatives à l'équité procédurale, il faut prendre en considération le nombre considérable de demandes de visa traitées par les bureaux des visas comme l'a

any risk could be mitigated by an applicant or his or her representative not choosing e-mail as a means of communication.

[42] In *Abboud*, issued after the respondent's submissions, Justice Tremblay-Lamer decided, on the evidence before her, that she was not satisfied the request for additional information had been sent. She accepted that the DSN message did not prove the e-mail request had been received by the intended recipient and went on to grant the application for judicial review because of a breach of procedural fairness.

[43] The respondent sought to distinguish that case by submitting that the expert evidence in *Abboud* was to the effect that the e-mail message had not been received at the destination while here the applicant only claims that the DSN message was not a sure way to ensure that the e-mail has been received. The respondent submits the visa officer correctly understood that the DSN message was a sign the message had been properly sent. The respondent goes on to say this is no different from regular posted mail as opposed to registered mail and states the accepted jurisprudence is to the effect that the risk of non-receipt of correspondence via the mode of communication rests with the applicant, and there is no onus on the respondent to ensure the actual receipt of correspondence.

[44] The distinction the respondent seeks to make with respect to the evidence about the significance of the DSN message does not stand in view of the evidence. Here, the agent has attested that he did not receive the June 26, 2009 e-mail request and the expert witness, Mr. Wang, has stated e-mail messages may not be delivered due to software bugs or system failures. The DSN message itself only speaks to relay of messages, not to receipt of the e-mail. Finally, the respondent's affiant, the visa officer, is not qualified to offer expert opinion that a DSN confirms successful relay to the recipient's server. The short answer to the respondent's submission

souligné le juge Barnes dans la décision *Zhang*. Le défendeur affirme que le risque pourrait être réduit si un demandeur ou son représentant choisissait de ne pas communiquer par courriel.

[42] Dans *Abboud*, décision rendue après la présentation des observations du défendeur, la juge Tremblay-Lamer a statué, compte tenu de la preuve dont elle était saisie, qu'elle n'était pas convaincue que la demande de renseignements supplémentaires avait bien été envoyée. Elle a reconnu que la notification d'état de remise ne constituait pas une preuve que le message s'était vraiment rendu au destinataire et a accueilli la demande de contrôle judiciaire en raison d'un manquement à l'équité procédurale.

[43] Le défendeur a cherché à établir une distinction avec cette affaire en soutenant que la preuve d'expert dans la décision *Abboud* consistait à montrer que le courriel n'avait pas été reçu à destination, alors qu'en l'espèce, le demandeur prétend uniquement que la notification d'état de remise ne constitue pas une façon sûre de s'assurer que le courriel a été reçu. Selon le défendeur, l'agent des visas a compris à juste titre que la notification d'état de remise était un indice que le message avait bien été envoyé. Le défendeur poursuit en disant que cela n'est pas différent du courrier mis à la poste par opposition au courrier recommandé et déclare que, selon la jurisprudence, le risque de défaut de réception des lettres selon le mode de communication repose sur les épaules du demandeur et le défendeur n'a aucunement le fardeau de s'assurer que les lettres ont bel et bien été reçues.

[44] La distinction que le défendeur tente de faire à l'égard de la preuve concernant la signification de la notification de l'état de remise ne tient pas compte tenu de la preuve. En l'espèce, le mandataire a témoigné qu'il n'a pas reçu la demande du 26 juin 2009 envoyée par courriel et le témoin expert, M. Wang, a déclaré qu'il était possible que des courriels ne soient pas remis en raison de bogues logiciels ou de défaillances du système. La notification d'état de remise elle-même indique uniquement que les courriels ont été relayés et non qu'ils ont été reçus. Enfin, la souscriptrice de l'affidavit du défendeur, l'agente des visas, n'est pas compétente pour

is that there is evidence before me that I accepted that the e-mail message was not received by the agent.

[45] In *Alavi*, Justice Hughes, having the benefit of the foregoing decisions stated [at paragraph 5]:

The principle to be derived from these cases, all dealing with communications from the Embassy processing the application to the applicant or applicant's representative, is that the so-called "risk" involved in a failure of communication is to be borne by the Minister if it cannot be proved that the communication in question was sent by the Minister's officials. However, once the Minister proves that the communication was sent, the applicant bears the risk involved in a failure to receive the communication.

[46] Justice Hughes went on to say [at paragraph 7]:

A document purporting to be a Delivery Status Notification of an e-mail as found on the files is not, in itself, evidence of delivery, it is only evidence that such a document exists on the file. Where the matter is contentious, as it is here, proper evidence by way of an affidavit of a person familiar with the matter, is needed to prove the facts.

[47] He went further and found on the evidence [at paragraph 11]: "Given the positive sworn evidence submitted on behalf of the Applicant and lack of any evidence from the Respondent I can only conclude that the communication of June 29, 2009 was never received by Mr. Green and that there is no evidence that it was ever sent."

[48] I would think that part of the debate in these matters arises because of the meaning ascribed to the word "sent". I would suggest the meaning in this context would be to convey a message to the intended recipient with the reasonable expectation that the message will arrive at its destination. To draw from the respondent's earlier analogy, when a letter is mailed, there is a reasonable expectation the letter will be delivered. But if the

présenter une opinion d'expert selon laquelle une notification d'état de remise confirme qu'un courriel a été relayé avec succès au serveur du destinataire. Pour répondre à l'argument du défendeur, je suis saisi d'éléments de preuve que j'ai admis selon lesquels le courriel n'a pas été reçu par le mandataire.

[45] Dans la décision *Alavi*, le juge Hughes, ayant le bénéfice des décisions qui précèdent, a déclaré ce qui suit [au paragraphe 5] :

[TRADUCTION] Le principe qui se dégage de ces décisions, qui visent toutes des communications envoyées par l'ambassade traitant la demande au demandeur ou au représentant du demandeur, est que le prétendu « risque » présenté par le défaut d'envoi de la communication doit être assumé par le ministre s'il ne peut pas prouver que la communication en cause a été envoyée par ses représentants. Cependant, une fois que le ministre prouve que la communication a bien été envoyée, le demandeur assume le risque présenté par le défaut de réception de la communication.

[46] Le juge Hughes a poursuivi en disant ce qui suit [au paragraphe 7] :

[TRADUCTION] Un document qui prétend être une notification d'état de remise de courriel tel que celui qui concerne les fichiers ne constitue pas en soi une preuve de remise, il prouve uniquement l'existence d'un tel document dans les archives. En cas de litige, comme en l'espèce, une preuve adéquate au moyen d'un affidavit souscrit par une personne qui connaît la question est nécessaire pour prouver les faits.

[47] Il est allé plus loin et a conclu ceci, eu égard à la preuve [au paragraphe 11] : [TRADUCTION] « Compte tenu du témoignage assermenté favorable présenté pour le compte de la demanderesse et de l'absence de preuve de la part du défendeur, je peux uniquement conclure que la communication du 29 juin 2009 n'a jamais été reçue par M. Green et que rien ne démontre qu'elle a été envoyée. »

[48] À mon avis, une partie du débat à l'égard de ces questions découle de la signification attribuée au mot « envoyé ». Dans le présent contexte, j'estime qu'« envoyer » veut dire transmettre un message au destinataire prévu avec l'attente raisonnable que le message arrivera à destination. Pour reprendre l'analogie présentée plus tôt par le défendeur, lorsqu'une lettre est mise à la poste, il y a une attente raisonnable qu'elle sera livrée.

local post office burns down, then the expectation of delivery will not be realized. When a visa officer sends an e-mail to an applicant who has provided an e-mail address, there is a presumption that the e-mail message has been conveyed to the intended recipient. However when the applicant proves with credible evidence that the e-mail was not received, the presumption is displaced and more is required to establish the e-mail request has been communicated or properly sent.

[49] Section 16 of IRPA contemplates a visa officer's request is made to an applicant. An e-mail request that goes astray is not a request made to an applicant as contemplated by section 16. One might say, as I do, it was not properly sent.

[50] In addition there is another consideration arising on the decision to use e-mail communications in the processing of immigration applications by CIC.

[51] The statutory objectives of IRPA specifically paragraph 3(1)(f) state:

Objectives
— immigration

3. (1) ...

(f) to support, by means of consistent standards and prompt processing, the attainment of immigration goals established by the Government of Canada in consultation with the provinces;

[52] CIC has a protocol on e-mail communication with clients. The protocol's objectives are in accord with the statutory objectives of IRPA. It provides:

The intent of this protocol is to create an implementation framework for email communications with clients that will not put personal privacy of CIC clients or staff at risk nor burden CIC resources unnecessarily....

... this Protocol on email Communications with Clients also seeks to improve client service in such potential ways as:

- Increased rates of response to client inquiries;

Toutefois, si le bureau de poste local est détruit dans un incendie, l'attente de livraison ne se réalisera pas. Lorsqu'un agent des visas envoie un courriel à un demandeur qui a fourni une adresse électronique, il existe une présomption que le courriel a été acheminé au destinataire prévu. Toutefois, lorsque le demandeur prouve au moyen d'éléments de preuve crédibles que le courriel n'a pas été reçu, la présomption est réfutée et il faut plus d'éléments pour établir que la demande envoyée par courriel a été communiquée ou dûment envoyée.

[49] L'article 16 de la LIPR vise la demande d'un agent des visas faite à un demandeur. Une demande envoyée par courriel qui se perd n'est pas une demande faite à un demandeur au sens de l'article 16. Il est possible d'affirmer, comme je le fais, que la demande n'a pas été dûment envoyée.

[50] De plus, une autre considération découle de la décision de CIC d'utiliser les communications par courriel dans le traitement des demandes d'immigration.

[51] Les objets prévus par la LIPR, plus particulièrement l'alinéa 3(1)f), sont rédigés comme suit :

3. (1) [...]

f) d'atteindre, par la prise de normes uniformes et l'application d'un traitement efficace, les objectifs fixés pour l'immigration par le gouvernement fédéral après consultation des provinces;

Objet en
matière
d'immigration

[52] CIC a un protocole sur les communications par courriel avec les clients. Les objectifs du protocole concordent avec les objectifs prévus par la LIPR. Le protocole prévoit ce qui suit :

Le but de ce protocole consiste à créer un cadre de mise en œuvre pour les communications par courriel avec les clients, qui n'aura pas une incidence négative sur la protection des renseignements personnels des clients ou des employés et qui ne mettra pas inutilement à contribution les ressources de CIC.

[...] le présent *Protocole sur les communications par courriel avec les clients* cherche également à améliorer le service à la clientèle en offrant, entre autres :

- de meilleurs délais de réponse aux demandes de renseignements des clients;

- Shortened enquiry response time frames;
- Enhanced operational efficiency.

The CIC protocol recognizes that e-mail communications with clients is a benefit to the respondent as well as applicants in increasing response rates, shortening response times, and promoting operational efficiency.

[53] The CIC e-mail protocol also provides:

- The protocol is for e-mail communications between the CIC and its individual clients or their authorized representatives only.
- CIC offices may communicate by e-mail on consent by the client who does so by providing an e-mail address.
- CIC offices must be equipped to receive e-mail inquiries via e-mail.
- Web sites providing for e-mail query must include disclaimers that caution e-mail is not a secure channel, that CIC is not liable for unauthorized disclosure of personal information or its misuse by a third party.
- Offices opening an e-mail communications channel must provide clear instructions to clients on what e-mail address to use and what mandatory information to include.
- To minimize failure of e-mail delivery, CIC Web sites should counsel clients to include the local CIC e-mail address in their e-mail address list (to avoid blockers, firewalls, attachment stripping, etc.) that may impede or prevent delivery of a CIC e-mail message (an optional requirement).

- des temps de réponse plus courts en matière de demandes de renseignements;
- une efficacité opérationnelle accrue.

Le protocole de CIC reconnaît que les communications par courriel avec les clients constituent un avantage pour le défendeur ainsi que pour les demandeurs en ce qu'elles améliorent les taux de réponse, raccourcissent les délais de réponse et favorisent l'efficacité opérationnelle.

[53] Le protocole de courriel de CIC prévoit également ce qui suit :

- Le protocole porte sur les communications par courriel entre CIC et ses clients individuels ou leurs représentants autorisés seulement.
- Les bureaux de CIC peuvent communiquer par voie électronique avec l'agrément du client, qui le donne en fournissant une adresse électronique.
- Les bureaux de CIC doivent être équipés pour être en mesure de recevoir les demandes de renseignements des clients par courriel.
- Les sites Web qui permettent les demandes d'information des clients par courriel doivent contenir des clauses de dénégalion de responsabilité qui avertissent les clients que le courriel n'est pas une voie de communication protégée, que CIC se décharge de toute responsabilité pour ce qui est de la divulgation non autorisée de renseignements personnels à une tierce partie ou de la mauvaise utilisation de ces renseignements par une tierce partie.
- Les bureaux qui ouvrent une voie de communication par courriel doivent fournir des instructions claires aux clients concernant l'adresse électronique à utiliser et les renseignements devant figurer obligatoirement.
- Pour réduire au minimum le nombre de problèmes en matière d'envoi de messages par courriel, les sites Web de CIC devraient conseiller aux clients d'inclure l'adresse de courriel de leur bureau de CIC dans leur liste d'adresses électroniques (afin d'éviter les logiciels antipourriel, les pare-feu, le fractionnement des pièces

The CIC protocol expressly allows for transmission of client- and case-specific information including requests for information via e-mail. However, while the CIC protocol provides that visa offices must ensure safeguards are in place for privacy matters, it does not make mandatory safeguards to ensure reliability of e-mail transmissions for critical communications, namely, statutorily mandated IRPA requests for information.

[54] I do not accept the respondent's submission that the solution for e-mail transmission failure risk is for applicants and their representatives to opt out of e-mail communication. In my view, applicants turning away from e-mail usage would frustrate the CIC protocol objective of enhanced operational efficiency and would be contrary to the IRPA statutory objective of prompt processing of applications for visas.

[55] As I said in *Yazdani*, the solution therefore does not seem to lie in cautioning or discouraging applicants from using e-mail, but in finding a strategy to deal with the occasional e-mail error, especially when an applicant has done everything on his or her end to accommodate e-mail communication.

[56] E-mail communication in visa applications will likely increase in the future. The technology, both hardware and software, supporting e-mail will change and it will improve at different rates in different countries. Unexplained errors in e-mail transmission, as has happened in these cases, will no doubt occur in the future. Given the fact that e-mail communication may occasionally fail outright, it seems to me that the respondent needs to take care in sending important communications by e-mail in the visa application process and have a process in place for reconsideration if it appears an e-mail transmission failure has occurred.

jointes, etc.) qui pourraient entraver ou empêcher l'envoi par CIC d'un message par courriel (exigence facultative).

Le protocole de CIC autorise expressément la transmission de renseignements propres à un client ou à une affaire, y compris des demandes de renseignements par courriel. Cependant, le protocole de CIC prévoit que les agents des visas doivent veiller à la mise en œuvre de mesures de protection de la vie privée, mais celles-ci ne sont pas obligatoires pour assurer la fiabilité des transmissions par courriel de communications cruciales, à savoir les demandes de renseignements prévues par la LIPR.

[54] Je n'accepte pas l'observation du défendeur selon laquelle la façon, pour les demandeurs et leurs représentants, de se prémunir contre le risque de défaillance de transmission des courriels consiste à se soustraire aux communications par courriel. À mon avis, le choix des demandeurs de ne pas utiliser la communication par courriel irait à l'encontre de l'objet du protocole visant l'amélioration de l'efficacité opérationnelle et serait contraire à l'objet de la LIPR d'assurer le traitement efficace des demandes de visas.

[55] Comme je l'ai déclaré dans la décision *Yazdani*, la solution ne semble donc pas consister à mettre en garde les demandeurs contre l'utilisation des communications par courriel ou de les décourager à utiliser ce moyen de communication, mais plutôt à trouver une stratégie pour traiter les erreurs occasionnelles qui surviennent avec les courriels, notamment lorsqu'un demandeur a fait tout son possible pour s'adapter à ce type de communication.

[56] Les communications par courriel dans le cas des demandes de visa vont augmenter. La technologie associée aux courriels (matériel informatique et logiciels) connaîtra des changements et progressera à des vitesses variables selon les pays. Des erreurs inexplicables dans la transmission des courriels, comme c'est le cas dans la présente affaire, surviendront sans aucun doute à l'avenir. Vu la possibilité de défaillance occasionnelle des communications par courriel, j'estime que le défendeur est tenu de faire preuve de diligence lorsqu'il envoie des communications importantes par courriel dans le cadre d'une demande de visa et de mettre en œuvre un

[57] In the case at hand, the respondent chose to transfer the applicant's file from the Damascus visa office to the visa office in Warsaw for processing. There had been no history of prior successful e-mail communications between the Warsaw visa office and the agent's office. I especially note the Warsaw visa office did not provide a safeguard against possible e-mail transmission failure. This is in contrast to the Damascus visa office which had earlier both e-mailed and posted its request for an updated application and documentation.

[58] Further, there are now eight reported cases, nine counting this case, of failed e-mail communications all originating from the Warsaw visa office. The failed e-mail messages all concerned files transferred from the Damascus visa office and were all sent during much the same time period. The number of instances of e-mail transmission failure is moving beyond coincidence. Given that I am satisfied that the visa officer has acted in good faith, the inference that arises is that there was a system failure in the CIC e-mail communications system out of Warsaw.

[59] One has to ask, how many other such cases are out there? I should think to continue insisting no problem exists with e-mails from the visa office in question in a multiplicity of identical applications coming before the Court on the issue is to unnecessarily burden limited Court resources with an issue to which an answer has already been given.

[60] Having regard for the foregoing, I conclude the respondent has not established it properly sent the e-mail request to the applicant's agent. The failure to communicate the request properly resulted in a breach of procedural fairness when the visa officer rejected the

processus de réexamen s'il appert qu'il y a eu une défaillance dans la transmission d'un courriel.

[57] En l'espèce, le défendeur a choisi de transférer le dossier du demandeur du bureau des visas de Damas au bureau des visas de Varsovie pour son traitement. Il n'y a aucun antécédent de communications par courriel antérieures réussies entre le bureau des visas de Varsovie et le bureau du mandataire. Je souligne particulièrement que le bureau des visas de Varsovie n'a pas mis en place de mesures de protection pour parer à la possibilité de défaillance de la transmission des courriels. Cela contraste avec le bureau des visas de Damas qui avait auparavant à la fois envoyé par courriel et mis à la poste une demande visant à obtenir la mise à jour de la demande de visa et des documents.

[58] De plus, il existe maintenant huit décisions publiées, neuf en comptant la présente affaire, concernant l'échec de communications par courriel provenant toutes du bureau des visas de Varsovie. Les communications par courriel faisant l'objet d'une défaillance visaient toutes des dossiers transférés du bureau des visas de Damas et avaient toutes été envoyées à peu près à la même période. Avec un tel nombre de cas de défaillance de la transmission de communications par courriel, on ne parle plus de coïncidence. Étant donné que je suis convaincu que l'agente des visas a agi de bonne foi, je conclus qu'il y avait une défaillance du système de communications par courriel de CIC à Varsovie.

[59] La question qui se pose est : combien d'autres cas semblables y a-t-il? À mon avis, continuer d'insister qu'il n'existe aucun problème avec les courriels envoyés du bureau des visas en cause dans de multiples demandes identiques dont la Cour est saisie consiste à imposer un fardeau inutile sur les ressources limitées de la Cour à propos d'une question à l'égard de laquelle une réponse a déjà été donnée.

[60] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le défendeur n'a pas établi qu'il avait dûment envoyé par courriel la demande au mandataire du demandeur. L'omission de communiquer dûment la demande a entraîné un manquement à l'équité procédurale, l'agente

application for a permanent resident visa because the applicant had not responded to the awry e-mail.

Conclusion

[61] On the evidence in this case, I allow the judicial review.

[62] The application for a permanent resident visa is to be remitted back to a different visa officer for reassessment once the applicant has the opportunity to submit the documents requested in the June 26, 2009 e-mail request as well as any other information updating his application having regard to the passage of time.

[63] The respondent submits a proposed question of general importance for me to certify as follows:

Where the officer properly sends correspondence to an applicant requesting further information, and the applicant claims not to have received the correspondence, which party bears the risk of non-receipt?

[64] This proposed question is not in accord with the facts I have found in this application. In addition, it generalizes and does not address the critical issue, the use of e-mails to send statutorily mandated requests for information where non-response has significant adverse consequences for an applicant. Finally, the respondent has not submitted proper expert evidence addressing the question of the reliability of e-mail communications. In light of these shortcomings, I do not see the proposed question as suitable for certification and I do not certify it.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. I grant the application for judicial review.

des visas ayant rejeté la demande de visa de résident permanent parce que le demandeur n'avait pas répondu au courriel égaré.

Conclusion

[61] Vu la preuve produite dans la présente affaire, j'accueille la demande de contrôle judiciaire.

[62] La demande de visa de résidence permanente doit être renvoyée à un agent des visas différent pour réévaluation une fois que le demandeur aura eu l'occasion de présenter les documents demandés dans la demande envoyée par courriel le 26 juin 2009 ainsi que tout autre renseignement pour la mise à jour de sa demande compte tenu du temps qui s'est écoulé.

[63] Le défendeur propose la question de portée générale qui suit aux fins de certification :

[TRADUCTION] Dans le cas où l'agent envoie dûment une lettre à un demandeur lui demandant des renseignements supplémentaires et que le demandeur allègue ne pas avoir reçu la lettre, quelle partie assume le risque de la non-réception?

[64] La question proposée ne correspond pas aux faits dont j'ai été saisi dans la présente demande. De plus, il s'agit d'une généralisation et la question ne vise pas la question fondamentale, soit l'utilisation de courriels pour envoyer des demandes de renseignements prévues par la loi lorsque l'absence de réponse entraîne d'importantes conséquences défavorables pour le demandeur. Enfin, le défendeur n'a pas présenté une preuve d'expert adéquate concernant la question de la fiabilité des communications par courriel. Étant donné ces lacunes, je suis d'avis que la question proposée ne se prête pas à la certification et je ne la certifie pas.

JUGEMENT

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

2. The application for a permanent resident visa is to be remitted back to a different visa officer for reassessment once the applicant has the opportunity to submit the documents requested in the June 26, 2009 e-mail and to update his application as may be necessary.

3. I do not state a question of general importance for certification.

4. I make no order for costs.

2. La demande de visa de résidence permanente doit être renvoyée à un agent des visas différent pour réévaluation une fois que le demandeur aura eu l'occasion de présenter les documents demandés dans la demande envoyée par courriel le 26 juin 2009 et de mettre sa demande à jour si cela est nécessaire.

3. Il n'y a pas de question de portée générale à certifier.

4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-292-09
2010 FCA 242

A-292-09
2010 CAF 242

Novopharm Limited (*Appellant*)

Novopharm Limited (*appelante*)

v.

c.

Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. and the Minister of Health (*Respondents*)

Pfizer Canada Inc., Pfizer Inc., Pfizer Ireland Pharmaceuticals, Pfizer Research and Development Company N.V./S.A. et le ministre de la Santé (*intimés*)

INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. NOVOPHARM LIMITED

RÉPERTORIÉ : PFIZER CANADA INC. c. NOVOPHARM LIMITED

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Nadon and Trudel J.J.A.—Montréal, March 24; Ottawa, September 24, 2010.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Nadon et Trudel, J.C.A.—Montréal, 24 mars; Ottawa, 24 septembre 2010.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for generic version of sildenafil tablets (Viagra) until expiry of Canadian Patent No. 2163446 ('446 patent) — '446 patent claiming use of sildenafil citrate (sildenafil) for treatment of erectile dysfunction (ED) — Study 350 conducted to test effects of sildenafil citrate (sildenafil) on ED — Sildenafil found in claim 7 of '446 patent — Federal Court determining sildenafil constituting relevant invention, finding patent sufficiently disclosing invention — Whether Federal Court erring in finding disclosure of invention in '446 patent sufficient pursuant to Patent Act, ss. 27(3), (4); that '446 patent meeting requirement of utility under s. 2 thereof — Federal Court correctly limiting invention to what claim 7 describing since claim 7 constituting separate invention — Federal Court correctly finding invention sufficiently disclosed in '446 patent pursuant to requirements of Act, ss. 27(3), (4) — Federal Court correctly finding respondent not required to demonstrate utility in patent disclosure under Act, s. 2 so long as disclosure referring to study demonstrating utility — Although Federal Court misapplying “mere scintilla” test herein, error inconsequential in present circumstances — Federal Court satisfied Study 350, while not meeting standards for regulatory approval, sufficiently establishing demonstrated utility of invention — Therefore, not making palpable, overriding error in determining Study 350 disclosing utility — Appeal dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a interdit au ministre de la Santé de délivrer à l'appelante un avis de conformité pour une version générique de comprimés de sildénafil (Viagra) avant l'expiration du brevet canadien n° 2163446 (le brevet '446) — Le brevet '446 revendique l'utilisation du citrate de sildénafil (sildénafil) pour le traitement de la dysfonction érectile — L'étude 350 a été menée pour vérifier les effets du sildénafil sur la dysfonction érectile — Il est fait mention du sildénafil dans la revendication 7 du brevet '446 — La Cour fédérale a conclu que le sildénafil correspondait à l'invention revendiquée et que l'exposé de l'invention était suffisant — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a eu raison de conclure que l'exposé de l'invention du brevet '446 était suffisant en vertu des art. 27(3) et (4) de la Loi sur les brevets et que le brevet '446 satisfaisait à l'exigence de l'utilité prévue à l'art. 2 de la Loi — La Cour fédérale a eu raison de limiter l'invention à ce qui était décrit dans la revendication 7, celle-ci constituant une invention distincte — La Cour fédérale a statué à bon droit que l'invention avait été suffisamment divulguée dans le brevet '446 conformément aux exigences des art. 27(3) et (4) de la Loi — La Cour fédérale a conclu à juste titre que l'intimée n'était pas tenue de démontrer l'utilité dans l'exposé de l'invention du brevet en vertu de l'art. 2 de la Loi, dès lors que l'exposé cite une étude qui démontre l'utilité — Bien que la Cour fédérale ait mal appliqué le critère de la « moindre parcelle » en l'espèce, l'erreur ne tirait pas à conséquence — La Cour fédérale était convaincue que

This was an appeal from a Federal Court decision, pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant for a generic version of sildenafil tablets (marketed as Viagra) until the expiry of Canadian Patent No. 2163446 ('446 patent). The '446 patent is owned by Pfizer Ireland Pharmaceuticals and licensed to Pfizer Canada Ltd. (Pfizer), both respondents herein. The '446 patent expires on May 13, 2014. It claims the use of sildenafil citrate (sildenafil) for the treatment of erectile dysfunction (ED). A study known as Study 350 was conducted to test the effects of sildenafil on ED. Sildenafil is included in one of the four categories of compounds listed in the '446 patent disclosure. It is found in claim 7. The appellant filed an abbreviated new drug submission for orally administered sildenafil tablets and then served a notice of allegation on Pfizer alleging the invalidity of the '446 patent.

The Federal Court determined that sildenafil in claim 7 of the '446 patent constituted the relevant invention and should be construed separately. It dismissed the appellant's allegations of the patent's invalidity, finding in particular that there had been sufficient disclosure.

The main issues were whether the Federal Court correctly concluded that the disclosure of the invention in the '446 patent was sufficient pursuant to the requirements of subsections 27(3) and (4) of the *Patent Act* and that the '446 patent met the requirement of utility under section 2 thereof.

Held, the appeal should be dismissed.

To determine the issue of disclosure, the invention in the '446 patent and how it works had to be determined. The Federal Court correctly limited the invention to that described in claim 7. It construed claim 7 of the '446 patent as representing a compound (sildenafil) within a class of compounds used to treat ED, a construction that had been endorsed by the Federal Court of Appeal. Accordingly, claim 7 constitutes a separate invention. In the patent, claim 7 clearly states the formula for sildenafil and is therefore clearly described in accordance with paragraph 27(3)(a) of the Act. The rest of the

l'étude 350, même si elle ne respectait pas les normes d'autorisation réglementaire, suffisait à établir l'utilité démontrée de l'invention — Elle n'a donc pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que l'étude 350 révélait l'utilité — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, interdit au ministre de la Santé de délivrer à l'appelante un avis de conformité pour une version générique de comprimés de sildénafil (commercialisés sous le nom de Viagra) avant l'expiration du brevet canadien n° 2163446 (le brevet '446). Le brevet '446 appartient à Pfizer Ireland Pharmaceuticals et a été concédé sous licence à Pfizer Canada Ltd. (Pfizer), qui sont toutes deux des intimées en l'espèce. Le brevet '446 expire le 13 mai 2014. Ce brevet revendique l'utilisation du citrate de sildénafil (sildénafil) pour le traitement de la dysfonction érectile. Une étude connue sous le nom d'étude 350 a été menée pour vérifier les effets du sildénafil sur la dysfonction érectile. Le sildénafil fait partie de l'une des quatre catégories de composés énumérés dans l'exposé de l'invention du brevet '446. Il en est fait mention dans la revendication 7. L'appelante a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle pour des comprimés de sildénafil à administrer par voie orale et a ensuite signifié à Pfizer un avis d'allégation dans lequel elle alléguait que le brevet '446 était invalide.

La Cour fédérale a conclu que le sildénafil dans la revendication 7 du brevet '446 correspondait à l'invention revendiquée et qu'il devait être interprété séparément. Elle a rejeté les allégations d'invalidité de brevet de l'appelante, statuant notamment que l'exposé de l'invention était suffisant.

Les questions principales à trancher étaient celles de savoir si la Cour fédérale a eu raison de conclure que l'exposé de l'invention du brevet '446 était suffisant pour répondre aux exigences des paragraphes 27(3) et (4) de la *Loi sur les brevets* et que le brevet '446 satisfaisait à l'exigence de l'utilité prévue à l'article 2 de la Loi.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Pour trancher la question de l'exposé de l'invention, la Cour devait définir l'invention et préciser son fonctionnement. La Cour fédérale a eu raison de limiter l'invention à ce qui était décrit dans la revendication 7. Elle a interprété la revendication 7 du brevet '446 comme visant un composé (le sildénafil) qui fait partie d'une catégorie de composés servant au traitement de la dysfonction érectile, interprétation à laquelle la Cour d'appel fédérale avait souscrit. En conséquence, la revendication 7 constitue une invention distincte. Dans le brevet, la revendication 7 expose clairement la

'446 patent describes how the invention works. The scope of disclosure requirements was therefore limited to claim 7. The Federal Court did not err in finding that the invention was sufficiently disclosed pursuant to the requirements of subsections 27(3) and (4) of the Act.

The Federal Court correctly found that the respondent was not required to demonstrate utility in the patent disclosure under section 2 of the Act, which requires that the subject matter of a patent be new and useful. There is no requirement for a patent to demonstrate utility in the patent disclosure so long as the trier of fact finds it to be proven upon a legal challenge. While there is no case law dictating whether utility must be demonstrated in the patent disclosure, the answer is that it need not be so. There is nothing in the Act leading to the conclusion that such a demonstration is necessary. Furthermore, there is no *a priori* reason to think that the patent disclosure should contain proof of all the elements required to obtain the patent. The disclosure provides direction, not proof, and tells practitioners how to practice the invention. Proof of utility can be provided during invalidity proceedings. So long as disclosure makes reference to a study demonstrating utility, there are no other requirements to fulfill section 2.

The Federal Court did not use the wrong standard to determine utility. Although it misapplied the “mere scintilla” test because, in the present matter, there had been a specific promise that sildenafil would work to treat ED, the error was inconsequential given that it found that there had been more than a scintilla of utility herein. While the Federal Court found that Study 350 may not have met the standards for regulatory approval, it was satisfied that it was sufficient for the purposes of establishing the demonstrated utility of the invention. Therefore, based on the record, the Federal Court made no palpable and overriding error in determining that Study 350 disclosed utility.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 “invention” (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2), 27(3) (as am. *idem*, c. 15, s. 31), (4) (as am. *idem*), 58.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

formule du sildénafil et elle est donc décrite de façon claire conformément à l’alinéa 27(3)a) de la Loi. Le reste du brevet '446 décrit le mode de fonctionnement de l’invention. Les conditions relatives à l’exposé de l’invention ne valaient donc que pour la revendication 7. La Cour fédérale a statué à bon droit que l’invention avait été suffisamment divulguée conformément aux exigences des paragraphes 27(3) et (4) de la Loi.

La Cour fédérale a conclu à juste titre que l’intimée n’était pas tenue de démontrer l’utilité dans l’exposé de l’invention du brevet en vertu de l’article 2 de la Loi, qui exige que le brevet présente les caractères de la nouveauté et de l’utilité. Il n’est pas nécessaire que le brevet démontre l’utilité dans l’exposé de l’invention, dès lors que l’arbitre des faits estime que cette preuve a été faite en cas de contestation juridique. Bien qu’il n’y ait pas de jurisprudence précisant s’il est nécessaire ou non de démontrer l’utilité dans l’exposé de l’invention du brevet, la réponse est que cela n’est pas nécessaire. Il n’y a rien dans la Loi qui donne à penser qu’une telle démonstration est nécessaire. En outre, il n’existe a priori aucune raison de penser que l’exposé de l’invention du brevet devrait contenir une preuve de tous les éléments requis pour qu’on puisse obtenir le brevet. L’exposé de l’invention fournit aux praticiens non pas une preuve, mais des orientations. La preuve au sujet de l’utilité peut être fournie en introduisant une instance en invalidité. Dès lors que l’exposé de l’invention cite une étude qui démontre l’utilité, il n’y a aucune autre exigence à satisfaire pour respecter l’article 2.

La Cour fédérale a appliqué le bon critère pour se prononcer sur l’utilité. Même si elle a mal appliqué le critère de la « moindre parcelle » parce qu’il existait, en l’espèce, une promesse expresse que le sildénafil serait efficace pour le traitement de la dysfonction érectile, l’erreur ne tirait pas à conséquence puisqu’elle avait disposé qu’il y avait plus qu’une parcelle d’utilité en l’espèce. Bien que la Cour fédérale ait conclu que l’étude 350 puisse ne pas avoir respecté les normes d’autorisation réglementaire, elle était convaincue que cela suffisait à établir l’utilité démontrée de l’invention. À la lumière du dossier, la Cour fédérale n’a donc pas commis d’erreur manifeste et dominante en concluant que l’étude 350 révélait l’utilité.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « invention » (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2), 27(3) (mod., *idem*, ch. 15, art. 31), 27(4) (mod., *idem*), 58.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

CASES CITED

APPLIED:

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc., 2007 FC 971, 61 C.P.R. (4th) 305, 319 F.T.R. 48, affd 2009 FCA 8, [2009] 4 F.C.R. 223, 72 C.P.R. (4th) 141, 385 N.R. 148; *Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] Ex. C.R. 201, (1962), 39 C.P.R. 201, affd [1963] S.C.R. 410, (1963), 41 D.L.R. (2d) 611, 41 C.P.R. 1; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588, 276 D.L.R. (4th) 686, 55 C.P.R. (4th) 1, affg 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1, 282 F.T.R. 161; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203, 56 C.P.R. (2d) 145; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253, 67 C.P.R. (4th) 23, 377 N.R. 9; *Sanofi Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 77 C.P.R. (4th) 99, 350 F.T.R. 165.

DISTINGUISHED:

Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd., 1998 CanLII 7610, 79 C.P.R. (3d) 193, 145 F.T.R. 161 (F.C.T.D.); *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153, 219 D.L.R. (4th) 660, 21 C.P.R. (4th) 499.

CONSIDERED:

Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd., [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16 (BAILII), affd [2002] EWCA Civ 1 (BAILII); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 1283, 43 C.P.R. (4th) 161, 278 F.T.R. 1; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R. 306, (1947), 12 C.P.R. 99; *Lido Industrial Products Ltd. v. Teledyne Industries Inc. et al.* (1981), 57 C.P.R. (2d) 29, 39 N.R. 561 (F.C.A.); *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 488, 82 F.T.R. 211 (F.C.T.D.), revd on other grounds (1995), 63 C.P.R. (3d) 473, 98 F.T.R. 319, 188 N.R. 382 (F.C.A.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388, 392 N.R. 243; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, 198 D.L.R. (4th) 385, 69 C.P.R. (4th) 251; *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 222, 75 C.P.R. (4th) 443, 392 N.R. 96; *French's Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.*, [1930] S.C.R. 462, [1930] D.L.R. 902.

REFERRED TO:

Kirin-Amgem Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd., [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc., 2007 CF 971, conf. par 2009 CAF 8, [2009] 4 R.C.F. 223; *Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] R.C.É. 201, conf. par [1963] R.C.S. 410; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588, confirmant 2006 CF 524; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253; *Sanofi Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd., 1998 CanLII 7610 (C.F. 1^{re} inst.); *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd., [2000] EWHC Patents 49 (BAILII), [2001] F.S.R. 16, conf. par [2002] EWCA Civ 1 (BAILII); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 FC 1283; *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306; *Lido Industrial Products Ltd. c. Teledyne Industries Inc. et al.* [1981] A.C.F. n° 703 (C.A.) (QL); *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1994] A.C.F. n° 1391 (1^{re} inst.) (QL), inf. pour d'autres motifs par [1995] A.C.F. n° 1243 (C.A.) (QL); *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 97; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 222; *French's Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.*, [1930] R.C.S. 462.

DÉCISIONS CITÉES :

Kirin-Amgem Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd., [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.

Halsbury's Laws of England, 3rd ed., Vol. 29, London: Butterworths, 1954.

Hughes, Roger T. *et al. Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed., Vol. 1, loose-leaf. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005.

APPEAL from a Federal Court decision (2009 FC 638, 76 C.P.R. (4th) 83, 352 F.T.R. 35) prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant for a generic version of sildenafil tablets until the expiry of Canadian Patent No. 2163446, pursuant to the *Patented Medicine (Notice of Compliance) Regulations*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

David W. Aitken and Marcus A. Klee for appellant.
Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein and Vincent M. de Grandpré for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellant.
Torys LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: This is an appeal by Novopharm Limited (the appellant) from an order of Kelen J. of the Federal Court (the Judge), 2009 FC 638, 76 C.P.R. (4th) 83, dated June 18, 2009 (the decision), which, pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, prohibited the Minister of Health from issuing a notice of compliance (a NOC) to the appellant for a generic version of sildenafil tablets (marketed commercially by the respondents as Viagra) until the expiry of the respondents' Canadian Patent No. 2163446 (the '446 patent). For the reasons that follow, I conclude that the Judge made no reviewable error in concluding as he did.

DOCTRINE CITÉE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 1969.

Halsbury's Laws of England, 3^e éd., vol. 29, Londres : Butterworths, 1954.

Hughes, Roger T. *et al. Hughes & Woodley on Patents*, 2^e éd., vol. 1, feuilles mobiles. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005.

APPEL à l'encontre de la décision (2009 CF 638) par laquelle la Cour fédérale a, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, interdit au ministre de la Santé de délivrer à l'appelante un avis de conformité pour une version générique de comprimés de sildénafil avant l'expiration du brevet canadien n° 2163446. Appel rejeté.

ONT COMPARU

David W. Aitken et Marcus A. Klee pour l'appelante.
Andrew M. Shaughnessy, Andrew E. Bernstein et Vincent M. de Grandpré pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l. Ottawa, pour l'appelante.
Torys LLP, Toronto, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La Cour statue sur l'appel interjeté par Novopharm Limited (l'appelante) d'une ordonnance (2009 CF 638) en date du 18 juin 2009 (la décision) par laquelle le juge Kelen de la Cour fédérale (le juge de première instance) a, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, interdit au ministre de la Santé de délivrer à l'appelante un avis de conformité pour une version générique de comprimés de sildénafil (commercialisés par les intimés sous le nom de Viagra) tant que le brevet canadien n° 2163446 des intimés (le brevet '446) ne sera pas expiré. Pour les motifs qui suivent, je conclus que le juge de première instance n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant comme il l'a fait.

The Facts

[2] The '446 patent is owned by the respondent Pfizer Ireland Pharmaceuticals and licensed to the respondent, Pfizer Canada Ltd. (hereinafter, I will refer to the various respondents as Pfizer). The patent will expire on May 13, 2014.

[3] The '446 patent claims the use of sildenafil citrate (sildenafil) for the treatment of erectile dysfunction (ED). Sildenafil was initially developed by Pfizer to treat angina and hypertension. However, when testing the drug on patients suffering from angina, Pfizer scientists noticed that patients experienced “prolonged and spontaneous erections”. Until that point in time, no oral treatment for ED had been available and existing treatment generally required drugs to be injected directly into the penis.

[4] As a result of its angina studies, Pfizer filed a provisional specification for a patent in the United Kingdom (U.K.). It then conducted a study, known as Study 350, to test the effects of sildenafil on ED. Under Study 350, 16 men diagnosed with ED were administered oral sildenafil for six days. On the sixth day, the patients were admitted to hospital, shown sexually explicit videos, and kept in the hospital overnight. During their stay in the hospital, the rigidity and duration of the patients' erections was measured using a device known as a “RigiScan transducer”. The patients also kept diaries. Pfizer concluded, based on this study, that sildenafil could be used to treat ED.

[5] The '446 patent issued on July 7, 1998, subsequent to an application claiming priority filed on May 13, 1994, which, in turn, claimed priority from an application filed in the U.K. on June 9, 1993.

[6] The '446 patent disclosure states [at page 1] that the patent relates to “the use of a series of pyrazolo [4,3-d]pyrimidin-7-ones for the treatment of impotence.” The disclosure then states [at page 2] that “the present invention concerns the use of a compound of formula I.” Formula I gives rise to approximately 260 quintillion

Les faits

[2] Le brevet '446 appartient à l'intimée Pfizer Ireland Pharmaceuticals et a été concédé sous licence à l'intimée Pfizer Canada Ltd. (je vais désormais désigner les diverses intimées sous l'appellation de Pfizer). Le brevet expire le 13 mai 2014.

[3] Le brevet '446 revendique l'utilisation du citrate de sildénafil (le sildénafil) pour le traitement de la dysfonction érectile. Le sildénafil a d'abord été mis au point par Pfizer pour traiter l'angine et l'hypertension. Toutefois, lorsqu'ils ont mis à l'essai le médicament sur des patients souffrant d'angine, les scientifiques de Pfizer ont constaté des « érections spontanées et prolongées » chez les patients. Jusqu'alors, il n'existait aucun traitement par voie orale contre la dysfonction érectile et les traitements offerts requéraient pour la plupart l'injection de médicaments directement dans le pénis.

[4] Par suite de ses études sur l'angine, Pfizer a déposé un mémoire descriptif provisoire pour un brevet au Royaume-Uni. Elle a ensuite mené une étude, connue sous le nom d'étude 350, pour vérifier les effets du sildénafil sur la dysfonction érectile. Dans le cadre de l'étude 350, 16 hommes chez qui l'on avait diagnostiqué une dysfonction érectile ont reçu une dose orale de sildénafil pendant six jours. Le sixième jour, les patients ont été hospitalisés, ont visionné des vidéos sexuellement explicites et ont passé la nuit à l'hôpital. Un dispositif appelé « transducteur RigiScan » a été installé pour mesurer la rigidité de leur pénis et la durée de leur érection. Les patients ont également tenu un journal. À la lumière de cette étude, Pfizer a conclu que le sildénafil pouvait être utilisé pour traiter la dysfonction érectile.

[5] Le brevet '446 a été délivré le 7 juillet 1998, à la suite d'une demande déposée au Canada le 13 mai 1994 qui revendiquait la priorité sur la demande de brevet déposée au Royaume-Uni le 9 juin 1993.

[6] L'exposé de l'invention du brevet '446 indique [à la page 1] que ce dernier porte sur [TRADUCTION] « l'utilisation d'une série de pyrazolo[4,3-d]pyrimidin-7-ones pour le traitement de l'impuissance ». L'exposé indique [à la page 2] ensuite que [TRADUCTION] « la présente invention concerne l'utilisation d'un composé de la

chemical compounds. The disclosure [at pages 5–6] classifies these 260 quintillion compounds into four categories: “A preferred group of compounds”, “A more preferred group of compounds”, “A particularly preferred group of compounds”: and a list of “Especially preferred individual compounds of the invention”. Included in the list of especially preferred individual compounds is “5-[2-ethoxy-5-(4-methyl-1-piperazinyl-sulphonyl)-phenyl]-1-methyl-3-n-propyl-1,6-dihydro-7H-pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one or a pharmaceutically acceptable salt thereof.” This compound is sildenafil.

[7] The disclosure then refers to Pfizer’s experimentation. At page 10, it states as follows:

In man, certain especially preferred compounds have been tested orally in both single dose and multiple dose volunteer studies. Moreover, patient studies conducted thus far have confirmed that one of the especially preferred compounds induces penile erection in impotent males.

This is the only reference to Study 350 in the '446 patent. Although the disclosure states that “certain especially preferred compounds” induced erections, it does not specify which one.

[8] The '446 patent then makes 27 claims, the first 7 of which relate to the use of formula I for the treatment of ED. Claim 1 lists the use of the entirety of the range of compounds provided by formula I. Claims 2 to 5 successively list smaller ranges of compounds provided by formula I. Claims 6 and 7 each refer to only one compound. The compound found in claim 7 is sildenafil.

[9] This case is not the first in which the Viagra patent has been litigated. In 2000, the High Court of Justice of England and Wales invalidated the Viagra patent for obviousness (*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, 2000 EWHC Patents 49 (BAILII), [2001] F.S.R. 16). The

formule I ». La formule I est à l’origine d’approximativement 260 quintillions de composés chimiques. L’exposé [aux pages 5 et 6] classe ces 260 quintillions de composés en quatre catégories : un [TRADUCTION] « groupe privilégié de composés », un [TRADUCTION] « groupe plus privilégié de composés », un [TRADUCTION] « groupe particulièrement privilégié de composés » et une liste de [TRADUCTION] « composés individuels particulièrement privilégiés ». Dans la liste de composés individuels particulièrement privilégiés figure le [TRADUCTION] « 5-[2-éthoxy-5-(4-méthyl-1-pipérazinyl-sulfonyl)-phényl]-1-méthyl-3-n-propyl-1,6-dihydro-7H-pyrazolo[4,3-*d*]pyrimidin-7-one, ou l’un de ses sels pharmaceutiquement acceptables ». Ce composé est le sildénafil.

[7] L’exposé de l’invention renvoie ensuite aux expériences menées par Pfizer. À la page 10, on y trouve ce qui suit :

[TRADUCTION] Chez l’humain, certains composés particulièrement privilégiés ont été mis à l’essai par voie orale dans des études de doses uniques et de doses multiples chez des volontaires. De plus, les études cliniques menées jusqu’à présent ont confirmé qu’un des composés particulièrement privilégiés cause une érection pénienne chez les hommes impuissants.

Il s’agit de la seule mention de l’étude 350 dans le brevet '446. L’exposé de l’invention indique que « certains composés particulièrement privilégiés » causent une érection, mais il ne précise pas lesquels.

[8] Le brevet '446 comporte ensuite 27 revendications. Les 7 premières ont trait à l’utilisation de la formule I dans le traitement de la dysfonction érectile. La revendication 1 dresse la liste de la totalité des composés dérivés de la formule I et de leur utilisation. Les revendications 2 à 5 énumèrent successivement un groupe plus restreint de composés dérivés de la formule I. Chacune des revendications 6 et 7 ne renvoie qu’à un seul composé. Le composé dont il est fait mention dans la revendication 7 est le sildénafil.

[9] Il ne s’agit pas du premier procès relatif au brevet sur le Viagra. En 2000, la Haute Cour de justice d’Angleterre et du Pays de Galles a invalidé le brevet sur le Viagra pour cause d’évidence (*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2000] EWHC Patents 49 (BAILII),

Court of Appeal of England and Wales upheld this decision on appeal (*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1 (BAILII)). In Canada, in 2007, Apotex Inc. challenged the validity of the '446 patent on a number of grounds, most prominently on obviousness. Mosley J. of the Federal Court allowed Pfizer's application to prohibit the Minister of Health from issuing a NOC to Apotex (*Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2007 FC 971, 61 C.P.R. (4th) 305 (*Apotex-Viagra*)). This Court subsequently upheld Mosley J.'s decision (*Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 8, [2009] 4 F.C.R. 223).

[10] On December 19, 2006, the appellant filed an abbreviated new drug submission for orally administered sildenafil tablets, comparing its tablets to those marketed by Pfizer as Viagra. On July 6, 2007, the appellant served a notice of allegation on Pfizer, alleging the invalidity of the '446 patent. Specifically, it claimed that the '446 patent was invalid for obviousness, lack of utility, and insufficient disclosure.

[11] On June 18, 2009, the Judge held that the appellant's allegations of invalidity were not justified.

Relevant Legislation

[12] This appeal involves the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act). Section 2 of the Act defines "invention" [as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2] to require novelty and utility:

Definitions	2. ...
"invention" « invention »	"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter

[2001] F.S.R. 16). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé cette décision en appel (*Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.*, [2002] EWCA Civ 1 (BAILII)). Au Canada, en 2007, Apotex Inc. a contesté la validité du brevet '446 en invoquant plusieurs motifs, principalement l'évidence. Le juge Mosley de la Cour fédérale a fait droit à la demande présentée par Pfizer en vue de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex (*Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2007 CF 971 (la décision *Apotex-Viagra*)). Notre Cour a par la suite confirmé la décision du juge Mosley (*Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 8, [2009] 4 R.C.F. 223).

[10] Le 19 décembre 2006, l'appelante a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle pour des comprimés de sildénafil à administrer par voie orale, dans laquelle elle comparait ses comprimés à ceux commercialisés par Pfizer sous le nom de Viagra. Le 6 juillet 2007, l'appelante a signifié à Pfizer un avis d'allégation dans lequel elle alléguait que le brevet '446 était invalide. Plus précisément, elle affirmait que le brevet '446 était invalide pour cause d'évidence, d'absence d'utilité et d'insuffisance de l'exposé de l'invention.

[11] Le 18 juin 2009, le juge de première instance a estimé que les allégations d'invalidité de l'appelante n'étaient pas fondées.

Disposition législatives applicables

[12] Le présent appel met en jeu la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi). Suivant la définition qu'on en trouve à l'article 2 de la Loi, une « invention » [mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2] doit être à la fois nouvelle et utile :

2. [...]	Définitions
« invention »	Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.
« invention »	« invention » "invention"

[13] Subsection 27(3) [as am. *idem*, c. 15, s. 31] lists the requirements of a patent specification:

27. ...

Specification

(3) The specification of an invention must

(a) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;

(b) set out clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it pertains, or with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it;

(c) in the case of a machine, explain the principle of the machine and the best mode in which the inventor has contemplated the application of that principle; and

(d) in the case of a process, explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions.

[14] Subsection 27(4) [as am. *idem*] adds that a specification must end with the patent's claims:

27. ...

Claims

(4) The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed.

The Federal Court Decision

(a) Claim Construction

[15] Before considering the appellant's arguments in support of its allegations of invalidity, the Judge

[13] Le paragraphe 27(3) [mod., *idem*, ch. 15, art. 31] énumère les conditions que doit respecter le mémoire descriptif du brevet :

27. [...]

(3) Le mémoire descriptif doit :

Mémoire
descriptif

a) décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur;

b) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'invention;

c) s'il s'agit d'une machine, en expliquer clairement le principe et la meilleure manière dont son inventeur en a conçu l'application;

d) s'il s'agit d'un procédé, expliquer la suite nécessaire, le cas échéant, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention en cause d'autres inventions.

[14] Le paragraphe 27(4) [mod., *idem*] précise que le mémoire descriptif se termine par les revendications du brevet :

27. [...]

(4) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l'objet de l'invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.

Revendica-
tions

La décision de la Cour fédérale

a) Interprétation des revendications

[15] Avant d'examiner les arguments invoqués par l'appelante au soutien de ses allégations d'invalidité, le

construed claim 7, the only claim relevant to the application and to this appeal. The Judge endorsed the construction arrived at by Mosley J. in *Apotex-Viagra*, above, at paragraph 35: “the use of sildenafil (or a salt thereof) in the form of an oral medicine for the treatment of erectile dysfunction in man”, which this Court, on appeal, approved at paragraph 11 of its reasons.

[16] The Judge, at paragraph 42, then accepted Pfizer’s submission that “in patents such as the one in the case at bar, each claim should be considered separately for the purposes of determining which claim should be construed.” He cited *Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] Ex. C.R. 201, affd [1963] S.C.R. 410 (*Boehringer*), for the proposition that an individually claimed substance represents a separate invention. The Judge followed an earlier Federal Court decision, *Merck & Co., Inc. v. Apotex*, 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1 (*Apotex ACE* (F.C.)), which gave effect to *Boehringer*. In *Apotex ACE* (F.C.), the patent at issue related to the use of angiotensin-converting enzyme inhibitors (ACE inhibitors) for the treatment of hypertension. The formula stated in the patent covered billions of individual compounds. Among these compounds were lisinopril, enalapril, and enalaprilat, each of which was individually claimed. Citing *Boehringer*, Hughes J. found that “there was, in the ‘340 application not only examples but also specific claims to the individual compounds enalapril, enalaprilat and lisinopril, each of which . . . is a different invention from the class” (*Apotex ACE* (F.C.)), at paragraph 116; decision, at paragraph 45).

[17] In turn, this Court upheld Justice Hughes’ interpretation (*Merck & Co, Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588 (*Apotex ACE* (F.C.A.))). Accordingly, at paragraph 46 of his decision, the Judge held:

juge de première instance a interprété la revendication 7, la seule revendication qui concerne à la fois la demande et le présent appel. Le juge de première instance a fait sienne l’interprétation que le juge Mosley a retenue dans la décision *Apotex-Viagra*, précitée, au paragraphe 35, selon laquelle « l’utilisation du sildénafil (ou d’un sel de sildénafil) sous la forme d’un médicament administré par voie orale destiné au traitement de la dysfonction érectile chez l’homme », et que notre Cour a approuvée, en appel, au paragraphe 11 de ses motifs.

[16] Au paragraphe 42, le juge de première instance a ensuite accepté l’argument de Pfizer suivant lequel « dans le cas de brevets comme celui qui nous intéresse en l’espèce, chacune des revendications devrait être examinée séparément pour déterminer quelle revendication doit être interprétée ». Il a cité la décision *Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.*, [1962] R.C.É. 201, conf. par [1963] R.C.S. 410 (la décision *Boehringer*), à l’appui de la proposition qu’une substance qui est revendiquée séparément constitue une invention distincte. Le juge de première instance a suivi une décision antérieure, *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CF 524 (la décision *Apotex ACE* (C.F.)), dans laquelle la Cour fédérale avait donné effet à la décision *Boehringer*. Dans la décision *Apotex ACE* (C.F.), le brevet en litige concernait l’utilisation d’inhibiteurs de l’enzyme de conversion de l’angiotensine (les inhibiteurs de l’ECA) pour le traitement de l’hypertension. La formule énoncée dans le brevet couvrait des milliards de composés distincts, parmi lesquels se trouvaient le lisinopril, l’énalapril et l’énalaprilat, qui faisaient chacun l’objet d’une revendication distincte. Citant la décision *Boehringer*, le juge Hughes a conclu que « la demande 340 contenait non seulement des exemples, mais aussi des revendications spécifiques visant les composés individuels que sont l’énalapril, l’énalaprilat et le lisinopril, dont chacun, selon la théorie de cette jurisprudence, constitue une invention différente de celle de la classe » (*Apotex ACE* (C.F.)), au paragraphe 116; décision, au paragraphe 45).

[17] À son tour, notre Cour a confirmé l’interprétation du juge Hughes (*Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588 (*Apotex ACE* (C.A.F.))). En conséquence, au paragraphe 46 de sa décision, le juge de première instance a déclaré :

As the '446 Patent specifically claims and describes sildenafil in claim 7, the Federal Court of Appeal's ruling [in *Merck & Co. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588] is applicable here and sildenafil in Claim 7 should be considered separately.

(b) *Obviousness*

[18] Pfizer argued that the appellant's attempt to invalidate the patent for obviousness was an abuse of process. The Judge disagreed, holding that the appellant had raised new distinguishing arguments. However, the Judge determined that the '446 patent was not obvious. There is no appeal of that part of the Judge's decision.

(c) *Utility*

[19] The appellant argued that as of the filing date, Pfizer had neither demonstrated nor soundly predicted the utility of sildenafil. It argued that the '446 patent did not demonstrate utility because the patent itself did not disclose the utility of sildenafil. It further argued that the '446 patent did not soundly predict the utility of sildenafil because it did not name sildenafil as the "active pharmaceutical ingredient" in the patent, because the results of Study 350 were not disclosed therein and because Study 350 contained serious flaws. Further, the appellant argued that the '446 patent lacked utility because it included inoperative species, to wit the quintillions of compounds that do not treat ED.

[20] The Judge found that the '446 patent was not invalid for lack of utility. He held that for an invention to be useful, it must do what the patent says it will do. He cited *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504 (*Consolboard*) for the proposition that an inventor need only demonstrate a low level of utility and also cited *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 1283, 43 C.P.R. (4th) 161 (*Aventis*) for the proposition that "[w]here the specification does not promise a particular result ... a 'mere scintilla' of utility

Comme le brevet 446 renferme des revendications spécifiques et décrit le sildénafil à la revendication 7, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale [*Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588] s'applique également en l'espèce et le sildénafil dont il est question à la revendication 7 devrait être examiné séparément.

b) *Évidence*

[18] Pfizer soutenait que les tentatives faites par l'appelante en vue de faire invalider le brevet pour cause d'évidence constituaient un abus de procédure. Le juge de première instance n'a pas partagé cet avis. Il a estimé que l'appelante avait soulevé de nouveaux arguments distincts. Il a toutefois conclu que le brevet '446 n'était pas évident. Cet aspect de la décision du juge de première instance n'a pas été porté en appel.

c) *Utilité*

[19] Suivant l'appelante, Pfizer n'avait pas ni démontré ni prédit de façon valable l'utilité du sildénafil à la date du dépôt du brevet canadien. Elle affirmait que l'utilité du brevet '446 n'avait pas été démontrée parce que le brevet lui-même ne révélait pas l'utilité du sildénafil. Elle affirmait en outre que le brevet '446 ne permettait pas de prédire valablement l'utilité du sildénafil parce qu'il ne désignait pas dans le brevet le sildénafil comme « ingrédient pharmaceutique actif », étant donné que les résultats de l'étude 350 n'y étaient pas divulgués et que cette étude comportait de graves lacunes. L'appelante affirmait par ailleurs que le brevet '446 n'avait pas d'utilité parce qu'il comprenait des espèces inopérantes, en l'occurrence des quintillions de composés qui ne traitaient pas la dysfonction érectile.

[20] Le juge de première instance a conclu que le brevet '446 n'était pas invalide pour manque d'utilité. Il a rappelé que, pour être utile, l'invention doit faire ce que le brevet indique qu'elle fera. Il a cité l'arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504 (*Consolboard*) à l'appui de la proposition qu'il suffit que l'inventeur démontre un degré d'utilité peu élevé, citant également la décision *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283 (la décision *Aventis*) au soutien de la proposition que

will suffice” (paragraph 271 of *Aventis*; decision, at paragraph 78).

[21] The Judge held that the '446 patent did demonstrate utility. He dismissed the appellant's contention that where a patent issues on the basis of demonstrated utility, the patent must include evidence of demonstrated utility. He further held that the brief reference to Study 350 (excerpted at paragraph 7 of these reasons) was sufficient to find that the '446 patent issued based on demonstrated utility. At paragraph 82 of his reasons, he stated:

The Court finds that there is no requirement in patent law that evidence of the demonstrated utility of the patent must be included in the patent. It is sufficient that the patent states that the invention has been demonstrated to be useful, as the '446 Patent does by making reference to the clinical testing of the compound (Study 350) and that the patent-holder is able to show evidence of demonstrated utility if the validity of the patent is challenged.

[22] The validity of the patent being challenged, the Judge then considered whether the invention was useful. The appellant argued that Study 350 was flawed in three ways. First, it used erections as an endpoint, rather than sexual intercourse; second, the diary data of patients were not statistically significant; and third, RigiScan results did not necessarily indicate an ability to engage in sexual intercourse.

[23] The Judge dealt with these arguments as follows, at paragraph 86:

Having reviewed the data, the Court is satisfied that the results of Study 350 indicate that the patients who received sildenafil showed a significant improvement in erectile function. The expert evidence is that RigiScan is the best available tool for measuring the rigidity and duration of an erection, which is the only objective method of determining whether an erection is adequate for intercourse. . . . The RigiScan results were statistically significant. Moreover, the diary results,

« [L]orsque le mémoire descriptif ne promet pas un résultat précis [...] la “moindre parcelle” d'utilité suffit » (paragraphe 271 de la décision *Aventis*; décision, au paragraphe 78).

[21] Le juge de première instance a estimé que le brevet '446 démontrait effectivement l'utilité de l'invention. Il a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel lorsqu'un brevet est octroyé sur le fondement de l'utilité démontrée, la preuve de l'utilité démontrée du brevet doit être incluse dans le brevet. Il a également déclaré que la brève mention de l'étude 350 (citée au paragraphe 7 des présents motifs) était suffisante pour conclure que le brevet '446 avait été octroyé sur le fondement de l'utilité démontrée. Au paragraphe 82 de ses motifs, il déclare ce qui suit :

La Cour estime que rien dans la législation sur les brevets n'exige que la preuve de l'utilité démontrée du brevet soit incluse dans le brevet. Il suffit que le brevet déclare que l'invention s'est révélée utile, ce que le brevet 446 fait en renvoyant aux tests cliniques du composé (Étude 350), et que le titulaire du brevet soit en mesure de fournir des preuves de l'utilité démontrée si la validité du brevet est contestée.

[22] Comme la validité du brevet était contestée, le juge de première instance s'est ensuite demandé si l'invention était utile. L'appelante soutenait que l'étude 350 comportait trois lacunes : premièrement, elle utilisait les érections et non les rapports sexuels comme paramètre; deuxièmement, les données consignées dans les journaux des patients n'étaient pas statistiquement significatives; troisièmement, il n'y avait pas nécessairement de corrélation entre les résultats de l'appareil RigiScan et la capacité d'avoir des rapports sexuels.

[23] Voici comment le juge de première instance a disposé de ces arguments au paragraphe 86 :

Après avoir revu les données, la Cour est convaincue que les résultats de l'Étude 350 indiquent que les patients qui ont reçu du sildenafil ont bénéficié d'une amélioration importante de leur fonction érectile. La preuve fournie par les experts montre que l'appareil RigiScan est le meilleur outil disponible pour mesurer la rigidité du pénis et la durée d'une érection, qui est la seule méthode objective pour déterminer si une érection est suffisante pour un rapport sexuel (contre-affidavit de Brock,

although not statistically significant, nonetheless indicated a subjective measure of improved function. The small size of the study, which was objected to by Novopharm, is accounted for in the p-values measuring the statistical significance of the result.

[24] Additionally, at paragraph 87 of his decision, the Judge stressed that a valid patent need not demonstrate utility to the same degree required by health regulators. For this proposition, he relied on the decision of Wetston J. in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 1998 CanLII 7610, 79 C.P.R. (3d) 193 (F.C.T.D.) (*Wellcome* (F.C.)), at paragraphs 105–106.

[25] The Judge then dismissed the appellant's inoperative species argument. The appellant argued that since only one of the compounds claimed by the '446 patent treated ED, the entire patent had to be considered invalid. Relying on section 58 of the Act, which provides that where one claim is invalid, the others shall be construed as if the patent contained only the valid claims, the Judge dismissed the appellant's arguments. Thus, in the Judge's view, even if claims 1 to 6 are invalid, the '446 patent must be construed as if they were not included (decision, at paragraph 91).

(d) Disclosure

[26] The appellant alleged that the '446 patent did not adequately describe the invention and how to practice it. The Judge began his analysis by referring to this Court's decision in *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253 (*Ranbaxy*), which in turn relied on *Consolboard*, above, for the following proposition: "Only two questions are relevant for the purpose of subsection 27(3) of the Act: What is the invention? How does it work?" (decision, at paragraph 103; *Ranbaxy*, at paragraph 59; *Consolboard*, at paragraph 157).

vol. 6). Les résultats du RigiScan étaient statistiquement significatifs. En outre, les résultats consignés dans les journaux, bien qu'ils ne fussent pas statistiquement significatifs, fournissaient néanmoins une mesure subjective de l'amélioration de la fonction érectile. La petite taille de l'étude, soit une des objections de Novopharm, est prise en compte dans les valeurs *p* qui mesurent la signification statistique du résultat.

[24] De plus, au paragraphe 87 de sa décision, le juge de première instance a souligné qu'en présence d'un brevet valide, il n'est pas nécessaire de satisfaire au niveau de preuve requis par les autorités réglementaires pour démontrer l'utilité du brevet. À l'appui de cette proposition, le juge citait la décision du juge Wetston dans l'affaire *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 1998 CanLII 7610 (C.F. 1^{re} inst.) (la décision *Wellcome* (C.F.)), aux paragraphes 105 et 106.

[25] Le juge de première instance a ensuite rejeté l'argument invoqué par l'appelante au sujet des espèces inopérantes. L'appelante soutenait que, comme un seul des composés revendiqués par le brevet '446 traitait la dysfonction érectile, le brevet devait être considéré invalide en entier. Se fondant sur l'article 58 de la Loi, qui prévoit que lorsque le brevet renferme une revendication qui est invalide, il est donné effet au brevet tout comme s'il ne renfermait que les revendications valides, le juge de première instance a rejeté les arguments de l'appelante. Ainsi, suivant le juge de première instance, si les revendications 1 à 6 étaient invalides, le brevet '446 devait être interprété comme si elles n'en faisaient pas partie (décision, au paragraphe 91).

d) Divuligation

[26] L'appelante soutenait que le brevet '446 ne décrivait pas suffisamment l'invention et la façon de la mettre en application. Le juge de première instance a commencé son analyse en citant la décision rendue par notre Cour dans l'affaire *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253 (l'arrêt *Ranbaxy*), qui se fondait à son tour sur l'arrêt *Consolboard*, précité, à l'appui de la proposition suivante : « Il suffit que le brevet réponde aux deux questions suivantes pour satisfaire au critère prévu au paragraphe 27(3) : En quoi consiste l'invention?

[27] The Judge also referred, at paragraph 106 of his reasons, to *Hughes & Woodley on Patents*, 2nd ed., Vol. 1, loose-leaf (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2005), at § 34, cited by this Court in *Ranbaxy*, at paragraph 36, where the learned authors, Roger T. Hughes and Dino P. Clarizio, write as follows:

Insufficiency is directed to whether the specification is sufficient to enable a person skilled in the art to understand how the subject matter of the patent is to be made. . . . An allegation of insufficiency is a technical attack that should not operate to defeat a patent for a meritorious invention; such attack will succeed where a person skilled in the art could not put the invention into practice. [Emphasis in original.]

[28] The Judge then stated, at paragraph 107, the following requirements for sufficient disclosure:

The jurisprudence also states that the language in the patent cannot obfuscate, obscure or bewilder the skilled reader of the patent. The description in the patent must be “free from avoidable obscurity or ambiguity and be as simple and distinct as the difficulty of the description permits”. The description must not be misleading or calculated to deceive or render it difficult for the skilled reader, without trial and experimentation, to comprehend what the invention is. The description must give all the information necessary for the successful use of the invention without leaving such result to the chance of successful experiment. The inventor must provide all of the information in good faith. [Citations omitted.]

[29] With those principles in mind, the Judge reviewed the expert evidence on what the '446 patent teaches a person skilled in the art. The appellant adduced evidence to the effect that a person skilled in the art would not be able to select sildenafil from the patent as a whole. As to Pfizer, it adduced evidence to the effect that a person skilled in the art would look only to the nine “especially preferred compounds” in the disclosure and would then

Comment fonctionne-t-elle? » (décision, au paragraphe 103; *Ranbaxy*, au paragraphe 59; *Consolboard*, au paragraphe 157).

[27] Le juge de première instance a également mentionné, au paragraphe 106 de ses motifs, l'ouvrage *Hughes & Woodley on Patents*, 2^e éd., édition à feuilles mobiles (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2005), à la § 34, que notre Cour cite dans l'arrêt *Ranbaxy*, au paragraphe 36, où les auteurs Rogers T. Hughes et Dino P. Clarizio écrivent ce qui suit :

[TRADUCTION] L'insuffisance vise à établir si le mémoire descriptif suffit pour permettre à une personne versée dans l'art de comprendre comment ce qui fait l'objet du brevet est fabriqué [...] Une allégation d'insuffisance est une attaque technique qui ne devrait pas servir à repousser un brevet pour une invention méritoire; une telle attaque sera couronnée de succès lorsqu'une personne versée dans l'art ne pourra mettre en pratique l'invention. [Souligné dans l'original.]

[28] Le juge de première instance expose ensuite, au paragraphe 107, les conditions suivantes à remplir pour que l'exposé de l'invention soit considéré comme suffisant :

Il est aussi de jurisprudence constante que le libellé du brevet ne doit pas être obscur, embrouillé ou déroutant pour le lecteur averti. La description du brevet [TRADUCTION] « doit être dénuée de toute obscurité ou ambiguïté évitable et être aussi simple et aussi distinctive que le permet la difficulté de la description ». Elle ne doit pas comporter de déclarations erronées ou fallacieuses destinées à tromper ou induire en erreur les personnes auxquelles elle est destinée, et ne pas rendre difficile à ces personnes, sans essai et expérimentation, la compréhension du mode d'application de l'invention. La description doit aussi fournir tous les renseignements nécessaires pour le bon fonctionnement ou la bonne utilisation de l'invention, sans que ce résultat soit laissé au hasard d'une expérience réussie. L'inventeur doit fournir tous les renseignements de bonne foi. [Renvois omis.]

[29] En tenant compte de ces principes, le juge de première instance a examiné le témoignage de l'expert sur ce que le brevet '446 enseigne à la personne versée dans l'art. L'appelante avait présenté des éléments de preuve tendant à démontrer qu'une personne versée dans l'art ne serait pas capable de sélectionner le sildénafil parmi l'ensemble des composés du brevet. Quant à Pfizer, elle avait soumis des éléments de preuve suivant

notice that only two of these compounds were specifically claimed, and could therefore narrow his or her focus appropriately.

[30] The Judge then made two observations. First, he noted that the case before him raised a novel issue because he could not find any prior case which had considered the issue of sufficiency with respect to a patent which contains many claims but does not disclose the claim embodied in the invention found to be the commercial product. Second, he held that “[t]he credibility of this allegation is undermined since it has only been raised in 2007, 13 years after the patent was laid open for public inspection” (decision, at paragraph 133).

[31] Before making his findings on the issue of disclosure, the Judge, at paragraphs 135 and 136 of his reasons, made the following remarks *in obiter*, expressing his uneasiness with the relevant case law:

In my mind, the disclosure plays games with the reader. Why did the disclosure not simply state that that compound in Claim 7 was sildenafil? The patent plays “hide and seek” with the reader. The reader is expected to look for the “needle in the haystack”, or “the tree in the forest”. Remember, Claim 1 is for a range of compounds which includes 260 quintillion compounds.

By withholding from the public the identity of the only compound tested and found to work, sildenafil, the patent did not fully describe the invention. Obviously Pfizer made a conscious choice not to disclose the identity of the only compound found to work, and left the skilled reader guessing. This is contrary to the statutory requirement to fully disclose the invention.

[32] Having expressed his reservations, the Judge nevertheless declined to invalidate the '446 patent for want of sufficient disclosure. In so doing, he made, at paragraphs 141 to 146 of his reasons, the following comments:

lesquels une personne versée dans l’art ne consulterait que les neuf « composés particulièrement privilégiés » mentionnés dans l’exposé de l’invention et qu’elle constaterait alors que seulement deux de ces composés font l’objet d’une revendication particulière, de sorte qu’elle serait en mesure de concentrer son analyse en conséquence.

[30] Le juge de première instance a ensuite formulé deux observations. En premier lieu, il a fait observer que l’affaire dont il était saisi soulevait une question nouvelle parce qu’il ne pouvait trouver aucune décision portant sur la question de la suffisance dans le cas d’un brevet comportant un grand nombre de revendications sans divulguer la revendication qui est censée permettre de réaliser l’invention qui correspond au produit commercial en question. En second lieu, il a estimé que « [l]a crédibilité de cette allégation est affaiblie en raison du fait qu’elle n’a été soulevée qu’en 2007, soit treize ans après que le brevet a été rendu public aux fins d’inspection » (décision, au paragraphe 133).

[31] Avant de tirer ses conclusions sur la question de l’exposé de l’invention, le juge de première instance a, aux paragraphes 135 et 136 de ses motifs, formulé les observations suivantes à titre incident, exprimant son malaise en ce qui concerne la jurisprudence actuelle :

À mes yeux, l’exposé de l’invention joue au plus fin avec le lecteur. Pourquoi n’a-t-on pas simplement indiqué que le composé dans la revendication 7 était le sildénafil? Le brevet joue « à la cachette » avec le lecteur. On s’attend à ce que le lecteur trouve « l’aiguille dans la botte de foin » ou « l’arbre dans la forêt ». Il faut se rappeler que la revendication 1 concerne une gamme de composés au nombre de 260 trillions.

En cachant à la population l’identité du seul composé testé et trouvé efficace, le sildénafil, le brevet ne décrit pas entièrement l’invention. De toute évidence, Pfizer a décidé consciemment de ne pas divulguer l’identité du seul composé trouvé efficace et a laissé le lecteur versé dans l’art se perdre en conjectures. Cette pratique est contraire à l’exigence réglementaire de divulguer entièrement l’invention.

[32] Malgré ses réserves, le juge de première instance a refusé d’invalider le brevet '446 pour cause d’insuffisance de l’exposé de l’invention. Voici ce qu’il a écrit à ce propos aux paragraphes 141 à 146 de ses motifs :

- | | |
|--|---|
| <p>1. He cited the present popularity of Viagra as evidence that sildenafil is a meritorious invention.</p> | <p>1. Il a cité la popularité actuelle du Viagra comme preuve que le sildénafil est une invention méritoire.</p> |
| <p>2. He noted the 13-year delay in initiating invalidity proceedings.</p> | <p>2. Il a relevé le délai de 13 ans écoulé avant que l'instance en invalidation ne soit introduite.</p> |
| <p>3. He concluded from the delay that “[s]urely the patent would have been attacked on this basis before 2007 if there [had been] any possibility of success” (decision, at paragraph 143).</p> | <p>3. Il a conclu de ce délai que « [l]e brevet aurait certainement été attaqué sur ce fondement avant 2007 s’il y avait eu la moindre chance que cette attaque réussisse » (décision, au paragraphe 143).</p> |
| <p>4. He held that any skilled reader now knows sildenafil is the active ingredient and that the '446 patent will expire in 2014.</p> | <p>4. Il a estimé que le lecteur versé dans l’art sait depuis des années que le sildénafil est l’ingrédient actif de l’invention et que le brevet expire en 2014.</p> |
| <p>5. He found that the jurisprudence dictates that the relevant claim be considered as a separate invention.</p> | <p>5. Il a conclu que la jurisprudence exigeait de considérer la revendication pertinente comme une invention distincte.</p> |
| <p>6. Finally, he accepted the evidence that a person skilled in the art would narrow the 260 quintillion compounds down to the two especially preferred compounds claimed separately. “A skilled reader would then conduct tests on those two compounds and determine which of those compounds worked. In this case, Claim 7 is the compound which works and Claim 7 does sufficiently and clearly describe sildenafil” (decision, at paragraph 146).</p> | <p>6. Enfin, il a accepté le témoignage suivant lequel la personne versée dans l’art concentrerait son analyse des 260 quintillions de composés en ne retenant que les deux composés particulièrement privilégiés revendiqués séparément. « Le lecteur versé dans l’art procéderait ensuite à des tests sur ces deux composés pour déterminer lequel fonctionne. En l’espèce, la revendication 7 est celle qui vise le composé qui fonctionne et la revendication 7 décrit clairement et de façon suffisante le sildénafil » (décision, au paragraphe 146).</p> |

The Issues

[33] The appeal raises two issues, each with two parts:

1. Was the Judge correct in concluding that the disclosure of the invention in the '446 patent was sufficient under section 27 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31] of the Act?
 - (a) What is the relevant invention?
 - (b) Given the determination of the invention, was there sufficient disclosure?

Questions en litige

[33] L’appel soulève deux questions qui comportent chacune deux volets :

1. Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure que l’exposé de l’invention du brevet '446 était suffisant au sens de l’article 27 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31] de la Loi?
 - a) En quoi consiste l’invention revendiquée?
 - b) Vu la conclusion tirée quant à ce qui constitue l’invention, l’exposé de l’invention était-il suffisant?

2. Was the Judge correct in concluding that the '446 patent met the requirement of utility under section 2 of the Act?

(a). Was the respondent required to demonstrate utility in the patent disclosure?

(b) If not, does the evidence disclose that the invention was useful?

The Parties' Submissions

1. (a) *Disclosure: What is the relevant invention?*

[34] The appellant submits that the Judge erred in concluding that the patent was not invalid for lack of sufficient disclosure. I begin with its submission in regard to what is the relevant invention.

[35] The appellant notes that the *Consolboard*, above test for sufficiency of disclosure requires that a patent answer two questions: What is the invention? How does it work? The appellant submits that Pfizer failed to disclose its invention by concealing which compound in the patent was sildenafil.

[36] The appellant submits that Pfizer's disclosure obligations relate to the '446 patent in its entirety and, therefore, it asserts that the Judge was wrong when he stated that the invention in question, in relation to the disclosure requirements, was claim 7 specifically. Rather, the appellant maintains that the disclosure requirements apply broadly to the patent as a whole.

[37] First, the appellant says that the Judge erred by failing to require that Pfizer disclose the best mode of practice. It relies on the disclosure requirements outlined by Thorson P. in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] Ex. C.R.

2. Le juge de première instance a-t-il eu raison de conclure que le brevet '446 satisfaisait à l'exigence de l'utilité prévue à l'article 2 de la Loi?

a) L'intimée devait-elle démontrer l'utilité dans l'exposé de l'invention du brevet?

b) Dans la négative, la preuve révèle-t-elle que l'invention était utile?

Prétentions et moyens des parties

1. a) *Divulgateion : En quoi consiste l'invention revendiquée?*

[34] L'appelante affirme que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que le brevet n'était pas invalide pour cause d'insuffisance de l'exposé de l'invention. Je commence mon analyse par l'examen de la prétention de l'appelante en ce qui concerne l'invention revendiquée.

[35] L'appelante signale que le critère de la suffisance de l'exposé de l'invention qui a été énoncé dans l'arrêt *Consolboard*, précité, exige que le brevet réponde à deux questions : En quoi consiste l'invention? Comment fonctionne-t-elle? L'appelante affirme que Pfizer a fait défaut de divulguer son invention en cachant quel composé du brevet était du sildénafil.

[36] Suivant l'appelante, les obligations qui incombent à Pfizer en ce qui concerne l'exposé de l'invention se rapportent à l'ensemble du brevet '446. Elle fait donc valoir que le juge de première instance a eu tort d'affirmer que l'invention en question, s'agissant des obligations relatives à l'exposé de l'invention, était précisément la revendication 7. L'appelante maintient que les obligations relatives à l'exposé de l'invention s'appliquent de façon générale à l'ensemble du brevet.

[37] Premièrement, l'appelante affirme que le juge de première instance a commis une erreur en n'obligeant pas Pfizer à exposer la meilleure manière de réaliser l'invention. Elle se fonde sur les conditions applicables à l'exposé de l'invention que le président Thorson

306 (*Minerals Separation*) [at page 317]:

The description must also give all information that is necessary for successful operation or use of the invention, without leaving such result to the chance of successful experiment, and if warnings are required in order to avert failure such warnings must be given. Moreover, the inventor must act *uberrima fide* and give all information known to him that will enable the invention to be carried out to its best effect as contemplated by him.

[38] The appellant submits that Pfizer was required to disclose the “best mode” of its invention. While the appellant concedes that under paragraph 27(3)(c) of the Act, best mode requirements only apply to machines, it submits, however, that some of the case law has applied the best mode requirement more broadly. For example, in *Lido Industrial Products Ltd. v. Teledyne Industries Inc. et al.* (1981), 57 C.P.R. (2d) 29 (F.C.A.), Chief Justice Thurlow, dissenting in part but concurring with respect to the issue of validity, quoted from the 1969 edition of Fox on *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, which states that an inventor is “required to describe correctly and fully what is his invention. This necessarily involves the duty of disclosing the best method of so doing as contemplated by him” (*Lido*, at page 44; Fox, at page 180).

[39] Second, the appellant argues that when the Judge held that claim 7 should be read as an invention on its own for the purpose of disclosure requirements, he conflated the disclosure requirements in subsection 27(3) with the claim description requirements in subsection 27(4). While the sufficiency of a specification is a requirement imposed by subsection 27(3), the requirement that a claim clearly describe an invention is found separately in subsection 27(4) of the Act.

énumère dans la décision *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.*, [1947] R.C.É. 306 (la décision *Minerals Separation*) [à la page 317] :

[TRADUCTION] La description doit aussi fournir tous les renseignements nécessaires pour le bon fonctionnement ou la bonne utilisation de l’invention, sans que ce résultat soit laissé au hasard d’une expérience réussie, et si des avertissements sont nécessaires pour éviter l’échec, ces avertissements doivent être présents. De plus, l’inventeur doit agir en toute bonne foi et donner tous les renseignements qu’il connaît pour mettre en œuvre l’invention de façon à obtenir le mieux possible le résultat qu’il a conçu.

[38] L’appelante affirme que Pfizer était tenue d’expliquer la « meilleure manière » de réaliser son invention. Tout en admettant qu’aux termes de l’alinéa 27(3)c) de la Loi, les obligations relatives à la meilleure manière ne valent que pour les machines, l’appelante affirme qu’une partie de la jurisprudence a donné une application plus large de cette obligation. Ainsi, dans l’arrêt *Lido Industrial Products Ltd. c. Teledyne Industries Inc. et al.*, [1981] A.C.F. n° 703 (C.A.) (QL), le juge en chef Thurlow, qui était dissident en partie mais qui souscrivait à la décision des juges majoritaires au sujet de la question de la validité, cite un extrait de l’édition de 1969 de l’ouvrage de Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, dans lequel l’auteur affirme que l’inventeur [TRADUCTION] « est tenu de décrire exactement et complètement son invention. Cela comporte nécessairement l’obligation de divulguer le meilleur moyen de la [réaliser] tel[le] qu’il l’a conçu[e] » (*Lido*, à la page 44; Fox, à la page 180).

[39] Deuxièmement, l’appelante soutient que lorsqu’il a jugé que la revendication 7 devait être interprétée comme une invention distincte pour ce qui est des conditions relatives à l’exposé de l’invention, le juge de première instance a confondu les conditions régissant l’exposé de l’invention qui sont prévues au paragraphe 27(3) avec les conditions du paragraphe 27(4) relatives à la description de la revendication. Bien que le paragraphe 27(3) exige notamment que l’exposé de l’invention soit suffisant, l’obligation suivant laquelle la revendication doit décrire clairement l’invention se trouve ailleurs, au paragraphe 27(4) de la Loi.

[40] Third, the appellant argues that the Judge misapplied the test from *Consolboard*, above, and *Ranbaxy*, above, when he concluded that the '446 patent answers the question “What is the invention?” because claim 7 is clear, regardless of the rest of the patent. At paragraph 58 of its memorandum, the appellant states:

In [*Ranbaxy*] there was no issue that the public was able, with only the specification, to use the invention as successfully as the inventor could himself. In contrast, the 446 Patent fails to identify the only PDE5 inhibitor that was ever found to allegedly induce erections. The 446 Patent simply fails to answer the question “What is the invention?”

[41] Fourth, the appellant argues that the Judge based his finding on “impermissible hindsight”. Specifically, a patent disclosure must enable the public to make immediate use of the invention (*Kirin-Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9, at paragraph 77). In this case, however, the Judge stated that “the skilled reader knows . . . that sildenafil is the active ingredient in the invention and will be able to make the invention when the patent expires in 2014” (decision, at paragraph 144). The appellant therefore submits that the Judge was not entitled to rely on what the skilled reader knows now, but was required to rely on what the skilled reader knew at the time of filing. It submits that at the time of filing, a skilled reader would not have been able to discern which compound was sildenafil.

[42] Pfizer responds to the appellant’s arguments as follows. It offers two arguments. First, it relies on *Consolboard*, above, to argue that attacks on the validity of a patent because of its specification are technical in nature and ought not to defeat a meritorious invention.

[43] Second, Pfizer argues that the Act does not impose a “best mode” requirement except with respect to machines, nor does it not impose a requirement to distinguish inventions, except for processes. It notes

[40] Troisièmement, l’appelante soutient que le juge de première instance a mal appliqué le critère des arrêts *Consolboard*, précité, et *Ranbaxy*, précité, en concluant que le brevet '446 répond à la question « En quoi consiste l’invention? » parce que la revendication 7 est claire, et ce, indépendamment du reste du brevet. Au paragraphe 58 de son mémoire, l’appelante déclare :

[TRADUCTION] Dans l’affaire *Ranbaxy*, il n’était pas contesté que le public était capable, uniquement avec l’exposé, d’utiliser l’invention avec autant de succès que l’inventeur lui-même le pouvait. En revanche, le brevet '446 n’identifie pas le seul inhibiteur de la PDE5 dont il a été constaté qu’il provoquerait des érections. Le brevet '446 ne répond tout simplement pas à la question : « En quoi consiste l’invention? »

[41] Quatrièmement, l’appelante affirme que le juge a fondé sa conclusion sur une [TRADUCTION] « appréciation a posteriori inacceptable ». Plus précisément, l’exposé de l’invention du brevet doit permettre au public d’utiliser immédiatement l’invention (*Kirin-Amgen Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.*, [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9, au paragraphe 77). En l’espèce toutefois, le juge de première instance a déclaré que « le lecteur versé dans l’art sait [. . .] que le sildénafil est l’ingrédient actif de l’invention et qu’il sera en mesure de réaliser l’invention à l’expiration du brevet en 2014 » (décision, au paragraphe 144). L’appelante soutient par conséquent que le juge de première instance n’avait pas le droit de se fonder sur ce que le lecteur versé dans l’art sait maintenant, mais qu’il était tenu de se fonder sur ce que le lecteur versé dans l’art savait au moment du dépôt. Elle ajoute qu’au moment du dépôt, le lecteur versé dans l’art n’aurait pas été en mesure de discerner quel composé était du sildénafil.

[42] Pfizer répond comme suit aux arguments de l’appelante. Elle avance deux arguments. En premier lieu, elle cite l’arrêt *Consolboard*, précité, pour affirmer que les attaques portées contre la validité d’un brevet en raison de son mémoire descriptif sont de nature technique et qu’elles ne devraient pas faire échec à une invention méritoire.

[43] En second lieu, Pfizer affirme que la Loi n’impose aucune obligation en ce qui concerne la « meilleure manière » de réaliser l’invention, sauf dans le cas de machines, et que la Loi n’impose pas non plus

that in *Sanofi Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 77 C.P.R. (4th) 99 (*Sanofi*), Snider J. of the Federal Court explicitly considered and rejected the proposition that *Minerals Separation*, above, imposes a best mode requirement on inventions other than machines.

1. (b) *Disclosure: Given the determination of the invention, was there sufficient disclosure?*

[44] Two of the appellant's arguments on sufficiency relate more to whether the Judge accurately assessed the evidence than whether the disclosure requirements pertain to the '446 patent as a whole or claim 7 in particular.

[45] The appellant first argues that the Judge erred when he held that "Claim 7 and sildenafil is the relevant invention" (decision, at paragraph 131). The appellant contends that the expert evidence was to the effect that it was not possible to discern which compound was sildenafil. To support this view, the appellant points to the fact that the Judge, at paragraph 135 of his reasons, states that "the skilled reader must undertake a minor research project to determine which claim is the true invention."

[46] Second, the appellant asserts that the Judge took into account irrelevant and extraneous factors, specifically that the appellant waited 13 years to challenge the validity of the patent (until 2007), that Pfizer identified sildenafil as the active ingredient 11 years ago and that Viagra was introduced in the United States 9 years ago.

[47] Pfizer's response is as follows. First, it argues that even if the invention were to be interpreted in light of the entire patent and not just claim 7, "a patent should not be interpreted *contra proferentem*. Rather, it should

l'obligation d'établir des distinctions entre les inventions, sauf en ce qui concerne les procédés. Elle relève que dans la décision *Sanofi Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676 (la décision *Sanofi*), la juge Snider de la Cour fédérale a expressément examiné et écarté l'idée que la décision *Minerals Separation*, précitée, impose l'obligation d'expliquer la meilleure manière de réaliser l'invention, sauf dans le cas de machines.

1. b) *Divulgence : Vu la conclusion tirée quant à ce qui constitue l'invention, l'exposé de l'invention était-il suffisant?*

[44] Deux des arguments invoqués par l'appelante au sujet du caractère suffisant ont davantage trait à la question de savoir si le juge de première instance a bien apprécié la preuve qu'à celle de savoir si les conditions relatives à l'exposé de l'invention concernent le brevet '446 dans son ensemble ou la revendication 7 en particulier.

[45] L'appelante soutient tout d'abord que le juge de première instance a commis une erreur en déclarant que « la revendication 7 et le sildénafil correspondent à l'invention revendiquée » (décision, au paragraphe 131). L'appelante fait valoir que l'expert a témoigné qu'il n'était pas possible de discerner quel composé était du sildénafil. À l'appui de cette opinion, l'appelante souligne le fait qu'au paragraphe 135 de ses motifs, le juge affirme que « le lecteur versé dans l'art [doit] entreprendre un projet de recherche mineur pour déterminer quelle revendication constitue la véritable invention ».

[46] Ensuite, l'appelante affirme que le juge de première instance a tenu compte de facteurs étrangers et non pertinents, et plus particulièrement du fait que l'appelante avait attendu 13 ans avant de contester la validité du brevet (jusqu'en 2007), que Pfizer avait identifié il y a 11 ans le sildénafil comme étant l'ingrédient actif et que le Viagra avait été lancé aux États-Unis il y a 9 ans.

[47] Pfizer répond ce qui suit. Premièrement, elle soutient que, même si l'invention devait être interprétée à la lumière de la totalité du brevet et pas seulement en fonction de la revendication 7, [TRADUCTION] « un brevet

be interpreted purposely, with a mind willing to understand and with a judicial anxiety to support a very useful invention” (Citing *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.* (1994), 57 C.P.R. (3d) 488 (F.C.T.D.), at page 506, revd on other grounds (1995), 63 C.P.R. (3d) 473 (F.C.A.)). Pfizer argues that disclosure is sufficient because there is enough evidence to support the finding that the person skilled in the art would select one of the especially preferred compounds and, in particular, focus on the two compounds claimed individually in claims 6 and 7 of the '446 patent. The person skilled in the art would then conduct a “minor research project” (i.e. not experimentation).

[48] Second, Pfizer relies on *Consolboard*, above, at page 524, for the proposition that the consideration given by the patentee in the patent bargain is that “after the period of monopoly has expired the public will be able, with only the specification, to put the invention to the same successful use as the inventor himself could do”. In this case, according to Pfizer, the appellant had already been able to do this because it had filed a submission with the Minister of Health for a drug product containing sildenafil.

2. (a) *Utility: Was the respondent required to demonstrate utility in the patent disclosure?*

[49] The appellant argues that the '446 patent issued based on sound prediction rather than demonstrated utility. It maintains that this Court has confirmed that the question of whether a patent is based on demonstrated utility is to be determined on the basis of what the patent discloses, not on what the patentee may have done in secret and failed to disclose. For authority, it relies on this Court’s decision in *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388 (*Eli Lilly*): “the question to be asked ... is whether the disclosure in the patent was adequate to tell a person skilled in the art how to practice the invention or whether it discloses

ne doit pas être interprété selon la règle *contra proferentem*. Le brevet doit plutôt être interprété de façon téléologique, avec un esprit disposé à comprendre et avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile » (citant la décision *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1994] A.C.F. n° 1391 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 62, inf. pour d’autres motifs par [1995] A.C.F. n° 1243 (C.A.) (QL)). Pfizer affirme que l’exposé de l’invention est suffisant parce qu’il fournit suffisamment d’éléments de preuve pour appuyer la conclusion que la personne versée dans l’art sélectionnerait un des composés particulièrement privilégiés et qu’elle se concentrerait en particulier sur les deux composés revendiqués individuellement dans les revendications 6 et 7 du brevet '446. La personne versée dans l’art entreprendrait ensuite un « projet de recherche mineur » (et non une expérimentation).

[48] Deuxièmement, Pfizer cite l’arrêt *Consolboard*, précité, à la page 524, à l’appui de la proposition que la contrepartie donnée par le breveté en échange du brevet est la suivante : « [TRADUCTION] [...] une fois la période de monopole terminée, le public [pourra], en n’ayant que le mémoire descriptif, utiliser l’invention avec le même succès que l’inventeur ». Dans le cas qui nous occupe, suivant Pfizer, l’appelante a déjà été en mesure de le faire puisqu’elle a déposé auprès du ministre de la Santé une présentation portant sur un médicament contenant du sildénafil.

2. a) *Utilité : L’intimée devait-elle démontrer l’utilité dans l’exposé de l’invention du brevet?*

[49] L’appelante soutient que l’octroi du brevet '446 reposait sur une prédiction valable plutôt que sur une utilité démontrée. Elle maintient que notre Cour a confirmé que la question de savoir si un brevet est fondé sur l’utilité démontrée doit être tranchée en fonction de ce que le brevet révèle, et non sur ce que le breveté peut avoir fait en secret et ne pas avoir dévoilé. À l’appui de cet argument, elle invoque l’arrêt de notre Cour *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 97 (l’arrêt *Eli Lilly*) : « il [faut] se demander [...] si la divulgation était suffisante pour que la personne versée dans l’art sache comment utiliser l’invention ou si elle était suffisante

enough information so that a person skilled in the art could soundly predict that it would work” (appellant’s memorandum, at paragraph 7).

[50] Since the '446 patent disclosure does not identify which of the compounds was clinically tested, a person skilled in the art would have to select one compound from among the quintillions of options. A person skilled in the art who selects a compound will therefore not know if that compound is sildenafil. For the appellant, “the selection must be made on the basis of a prediction that every compound referred to in the '446 Patent will have the same utility as the unidentified compound” (appellant’s memorandum, at paragraph 74).

[51] The appellant further argues that the Judge did not refer to any case that supported the view “that the statutory requirement for sufficiency of specification can be satisfied by a bald statement in the patent that promised utility has been demonstrated coupled with the ability to adduce evidence of demonstrated utility at some undefined later date” (appellant’s memorandum, at paragraph 102). The appellant takes the view that the Judge never considered “whether the '446 Patent provides practical readers with knowledge that sildenafil in fact works to treat ED” (appellant’s memorandum, at paragraph 104).

[52] Pfizer responds to the appellant by arguing that it misinterprets the ratio of *Eli Lilly*, above, and that the determination of whether a patent demonstrates utility is a question of fact answered by what the inventors actually did. It argues that in *Eli Lilly*, the Judge first determined that the invention was based on sound prediction, and then determined that the basis for the prediction was not sufficiently disclosed. Therefore, the case does not stand for the proposition that the determination of whether or not an invention is based on sound prediction or demonstrated utility must be made on the basis of the disclosure alone. Rather, it stands for the proposition that once a court concludes a patent is based on sound prediction, then it must ensure that the basis of the prediction is properly disclosed.

pour que la personne versée dans l’art puisse prédire valablement que l’invention fonctionnerait » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 7).

[50] Étant donné que l’exposé de l’invention du brevet '446 ne mentionne pas les composés ayant fait l’objet d’essais cliniques, une personne versée dans l’art devrait sélectionner un composé parmi les quintillions d’options. Une personne versée dans l’art ne saurait donc pas, au moment de la sélection, si ce composé est bel et bien le sildénafil. Pour l’appelante, [TRADUCTION] « la sélection doit être effectuée en tenant pour acquis que chaque composé mentionné dans le brevet '446 aura la même utilité que le composé non identifié » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 74).

[51] L’appelante affirme par ailleurs que le juge de première instance n’a cité aucune décision qui appuyait l’idée que [TRADUCTION] « il suffit, pour satisfaire à l’exigence imposée par la loi quant à la suffisance du mémoire descriptif, de déclarer de façon générale que l’utilité de l’invention promise par le brevet a été démontrée et de se contenter de présenter des éléments de preuve au sujet de l’utilité démontrée à une date ultérieure non précisée » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 102). Selon l’appelante, le juge de première instance ne s’est jamais demandé [TRADUCTION] « si le brevet '446 fournit au lecteur des connaissances concrètes lui permettant de savoir que le sildénafil est effectivement efficace pour traiter la dysfonction érectile » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 104).

[52] Pfizer répond à l’appelante en soutenant qu’elle interprète mal le raisonnement suivi dans l’arrêt *Eli Lilly*, précité, et que la question de savoir si un brevet établit l’utilité de l’invention est une question de fait à laquelle on répond en examinant ce que l’inventeur a effectivement fait. Elle soutient que, dans l’affaire *Eli Lilly*, le juge a d’abord conclu que l’invention était fondée sur une prédiction valable, et qu’il a ensuite décidé que le fondement de la prédiction n’était pas suffisamment expliqué. Cet arrêt n’appuie donc pas la proposition que la réponse à la question de savoir si une invention est fondée sur une prédiction valable ou sur son utilité démontrée dépend uniquement de l’exposé de l’invention. Il appuie plutôt le principe que, dès lors que le tribunal conclut qu’un brevet est fondé sur une

[53] Pfizer also submits that the appellant conflates the section 2 requirement that an invention be useful with the section 27 requirement that the patent disclose the use to which the inventor conceived the invention would be put. It notes that the Supreme Court specifically warned against mixing up these two concepts in *Consolboard*, above, as did this Court more recently in *Ranbaxy*, above. In *Consolboard*, the Supreme Court specifically stated that the utility requirement is a “condition precedent to an invention”, whereas the section 27 requirement is “a disclosure requirement, independent of the [utility requirement]” (*Consolboard*, at page 527).

2. (b) *Utility: Does Study 350 actually disclose utility?*

[54] The appellant argues that, as of the date of filing, Pfizer had neither demonstrated nor soundly predicted the utility of the invention. First, it argues that the Judge used the wrong standard of required utility. Second, it argues that the Judge should have come to a different conclusion based on the evidence.

[55] With respect to the standard of utility, the appellant argues that the Judge misdirected himself when he used the “mere scintilla” standard. It argues that the “mere scintilla” test applies only where a patent does not promise a specific result. Where a patent promises a specific result, the invention must accomplish that result in order to demonstrate utility. Furthermore, the appellant argues that the Judge was not entitled to rely on *Wellcome* (F.C.), above, for the proposition that utility in the context of patent law is a lower standard than utility in the context of testing for regulatory standards, as *Wellcome* (F.C.) was overturned by the Supreme Court in *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153 (*Wellcome* (S.C.C.)).

prédiction valable, il doit ensuite s’assurer que le fondement de la prédiction est correctement divulgué.

[53] Pfizer affirme également que l’appelante confond l’exigence d’utilité de l’invention prévue à l’article 2 avec l’obligation prévue à l’article 27 suivant laquelle le brevet doit faire état de l’usage auquel l’inventeur destine son invention. Elle relève que la Cour suprême a expressément prévenu de ne pas confondre ces deux concepts dans l’arrêt *Consolboard*, précité, tout comme notre Cour l’a fait plus récemment, dans l’arrêt *Ranbaxy*, précité. Dans l’arrêt *Consolboard*, la Cour suprême a expressément déclaré que l’obligation d’utilité « est une condition essentielle pour qu’il y ait invention », tandis que celle prévue à l’article 27 « est une exigence de divulgation, indépendante de [l’obligation d’utilité] » (*Consolboard*, à la page 527).

2. b) *Utilité : L’étude 350 révèle-t-elle que l’invention était utile?*

[54] L’appelante affirme qu’à la date du dépôt, Pfizer n’avait ni démontré ni prédit de façon valable l’utilité de l’invention. Elle soutient en premier lieu que le juge de première instance n’a pas appliqué le bon critère en ce qui concerne l’utilité. En second lieu, elle affirme que le juge de première instance aurait dû parvenir à une conclusion différente vu l’ensemble de la preuve dont il disposait.

[55] S’agissant du critère de l’utilité, l’appelante affirme que le juge de première instance s’est mépris en utilisant le critère de la « moindre parcelle ». Elle fait valoir que le critère de la « moindre parcelle » ne s’applique que lorsque le brevet ne promet pas un résultat précis. Lorsqu’un brevet promet un résultat précis, l’invention doit accomplir ce résultat pour que son utilité puisse être démontrée. L’appelante soutient par ailleurs que le juge de première instance n’avait pas le droit de se fonder sur la décision *Wellcome* (C.F.), précitée, à l’appui de la proposition que, dans le contexte du droit des brevets, l’utilité est une norme moins exigeante que celle de l’utilité dans le contexte des mises à l’essai en vue de satisfaire à des normes réglementaires, étant

[56] As to the Judge's factual findings, the appellant argues that Study 350 did not in fact demonstrate utility in treating ED. The appellant characterizes Study 350 as merely a "pilot study" and notes that its sample size was limited to 16 patients. It points to evidence which shows that the purpose of the study was only a "preliminary assessment of the potential efficacy" of sildenafil. According to the appellant, one of Pfizer's experts, Dr. Brock, admitted on cross-examination that Study 350 was only intended to provide a "signal" that further research was required.

[57] The appellant also takes issue with the efficacy endpoints used in Study 350. The data obtained from patients' diaries failed to reach statistical significance, and the most that the RigiScan revealed was a statistically significant increase in duration of erections. The appellant also notes that RigiScan measurements showed that patients in the placebo group attained erections objectively measured to be sufficient for sexual intercourse, and they did so more often than those patients who were taking sildenafil, during the two-hour period of visual sexual stimulation. Furthermore, the appellant challenges the RigiScan data generally, noting that one of Pfizer's experts testified in cross-examination that it is "not a good predictor of therapeutic response". Finally, the appellant points to admissions on cross-examination from two of Pfizer's experts, Drs. Gerald B. Brock and George Christ, that merely inducing an erection does not itself demonstrate efficacy in treating ED.

[58] Pfizer submits that the Judge was aware that the "mere scintilla" standard did not apply directly and appreciated the distinction. It further submits that the Supreme Court did not overrule that part of *Wellcome* (F.C.), above, which dictated the difference between

donné que la Cour suprême a infirmé la décision *Wellcome* (C.F.) dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153 (l'arrêt *Wellcome* (C.S.C.)).

[56] En ce qui concerne les conclusions de fait du juge de première instance, l'appelante affirme que, dans les faits, l'étude 350 ne démontrait pas l'utilité dans le traitement de la dysfonction érectile. L'appelante considère l'étude 350 comme une simple « étude pilote » et fait remarquer que la taille de l'échantillon se limitait à 16 patients. Elle signale des éléments de preuve montrant que l'étude n'était qu'une [TRADUCTION] « évaluation préliminaire de l'efficacité potentielle » du sildénafil. Selon l'appelante, l'un des experts de Pfizer, D^r Brock, a reconnu en contre-interrogatoire que l'étude 350 visait uniquement à fournir une « indication » que des recherches plus poussées s'imposaient.

[57] L'appelante conteste également les paramètres d'efficacité utilisés dans l'étude 350. Les données tirées des journaux des patients n'atteignaient pas le seuil de signification statistique et le RigiScan a révélé tout au plus une augmentation statistiquement significative de la durée des érections. L'appelante fait aussi remarquer que, durant la période de stimulation sexuelle visuelle de deux heures, les résultats du RigiScan ont montré que les patients du groupe placebo obtenaient des érections objectivement mesurées suffisantes pour avoir des rapports sexuels, et ce, plus souvent que ceux qui prenaient du sildénafil. En outre, l'appelante conteste de façon générale les données du RigiScan, soulignant que l'un des experts de Pfizer a déclaré en contre-interrogatoire que l'appareil [TRADUCTION] « ne permet pas de bien prédire la réponse au traitement ». Finalement, l'appelante mentionne les admissions faites lors du contre-interrogatoire de deux des experts de Pfizer, D^r Gerald B. Brock et M. George Christ, admissions selon lesquelles le simple fait de provoquer une érection ne démontre pas en soi l'efficacité dans le traitement de la dysfonction érectile.

[58] Pfizer affirme que le juge de première instance savait qu'on ne pouvait appliquer la norme de la « moindre parcelle » et a saisi la distinction. Elle ajoute que la Cour suprême n'a pas infirmé cette partie de la décision *Wellcome* (C.F.), précitée, qui expliquait la

regulatory and patent utility standards. Pfizer also argues that there is not a high threshold for demonstrated utility and that utility means useful for the purpose claimed—not useful in the sense of commercial approval or acceptance.

[59] With respect to the Judge’s factual findings, Pfizer argues that there is no palpable and overriding error. First, it submits that erections are indeed a clinically appropriate endpoint and cites expert testimony that a person skilled in the art would understand that a compound that induces erections is useful to treat ED.

[60] Second, Pfizer argues that the diary card evidence did not need to reach a level of statistical significance to be significant for the purpose of demonstrating utility. Statistical significance requires a p -value of 0.005 or lower. A p -value of 0.005 would mean that there is a 95 percent chance that the erections observed in the study were a result of the drug and not a random effect. The p -value actually observed was 0.0692. This means that there was a 93.1 percent chance that the results observed were not random. While this does not reach statistical significance, Pfizer argues it is nevertheless worthy of consideration.

[61] Third, Pfizer submits that the appellant’s contentions regarding the small sample size of Study 350 are without substance, since small studies were common at the time and the Judge found that Pfizer accounted for small sample size in the p -values used to measure the results.

[62] Finally, Pfizer submits that much of the appellant’s arguments are based on un-contextualized quotes from its expert, Dr. Brock. Pfizer states that the Judge had an opportunity to review the full transcript, and appreciated that Dr. Brock did not waiver from his conclusion that Study 350 demonstrated the utility of

différence entre les normes réglementaires et les normes relatives à l’utilité du brevet. Pfizer soutient également que le degré de preuve n’est pas exigeant en ce qui concerne l’utilité démontrée et que, par invention utile, il faut entendre une invention utile pour l’objet revendiqué, et non utile au sens d’une approbation ou d’une acceptation commerciale.

[59] En ce qui concerne les conclusions de fait du juge de première instance, Pfizer affirme qu’elles ne sont entachées d’aucune erreur manifeste et dominante. Premièrement, elle soutient que les érections constituent effectivement un paramètre clinique approprié et elle cite des experts qui affirment que la personne versée dans l’art comprendrait qu’un composé qui provoque des érections est utile pour le traitement de la dysfonction érectile.

[60] Deuxièmement, Pfizer soutient qu’il n’était pas nécessaire que les résultats tirés des journaux des patients atteignent le seuil de signification statistique pour être pertinents aux fins de la démonstration de l’utilité. La signification statistique correspond à une valeur p de 0,005 ou moins. Une valeur p de 0,005 signifierait qu’il y a une probabilité de 95 p. 100 que les érections observées dans l’étude soient attribuables au médicament et non un effet du hasard. En fait, la valeur p enregistrée était de 0,0692, ce qui signifie qu’il y avait une probabilité de 93,1 p. 100 que les résultats obtenus n’aient pas été le fruit du hasard. Même si ce résultat n’atteint pas le seuil de signification statistique, Pfizer maintient qu’il mérite d’être pris en considération.

[61] Troisièmement, Pfizer affirme que les arguments de l’appelante en ce qui a trait à la petite taille de l’échantillon de l’étude 350 ne sont pas fondés, car les petites études étaient courantes à l’époque. Le juge de première instance a conclu que Pfizer avait pris en compte la petite taille de l’échantillon dans la détermination des valeurs p utilisées pour évaluer les résultats.

[62] Pfizer affirme enfin qu’une grande partie des arguments de l’appelante reposent sur des extraits du témoignage de son expert, Dr Brock, qui sont cités hors contexte. Pfizer affirme que le juge de première instance avait la possibilité d’examiner la transcription au complet et qu’il a estimé que Dr Brock ne s’était jamais

sildenafil in treating ED, but recognized that the Study, on its own, could not lead to regulatory approval.

Analysis

[63] I will first consider the issue of disclosure: Was the Judge correct in concluding that the disclosure of the invention in the '446 patent was sufficient pursuant to the requirements of subsections 27(3) and (4) of the Act? To answer this question, we must define the invention and then determine how it works.

1. (a) Disclosure: What is the relevant invention?

[64] This is a question of pure law. The dispute before us pertains to whether the invention is defined by the '446 patent as a whole, or whether claim 7 must be considered as a stand-alone invention. The Judge's decision in regard to this point is reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 3, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 8).

[65] After careful consideration of this Court's decisions in *Apotex ACE* (F.C.A.), above, and *Boehringer*, above, I conclude that the Judge was correct to limit the invention to that described in claim 7.

[66] In *Boehringer*, above, the patent addressed a class of "substituted morpholines". Claim 8 of the patent, however, was a claim for a specific compound, "2-phenyl-3-methylmorpholine". The specification did not mention 2-phenyl-3-methylmorpholine alone, but rather described "in general terms certain processes for the production of a class of substituted morpholines large enough to include many billions of them most of which have never been made or tested by anyone" (at pages 209–210). Thurlow J. (as he then was) of the Exchequer Court held as follows, at pages 214–215:

écarté de sa conclusion que l'étude 350 démontrait l'utilité du sildénafil pour le traitement de la dysfonction érectile, mais avait reconnu que, prise isolément, l'étude ne pouvait conduire à une approbation réglementaire.

Analyse

[63] Je vais d'abord examiner la question de l'exposé de l'invention : est-ce à bon droit que le juge de première instance a conclu que l'exposé de l'invention du brevet '446 était suffisant pour répondre aux exigences des paragraphes 27(3) et (4) de la Loi? Pour répondre à cette question, il nous faut définir l'invention et préciser ensuite comment elle fonctionne.

1. a) Divulcation : En quoi consiste l'invention revendiquée?

[64] Il s'agit d'une pure question de droit. Le litige qui nous est soumis porte sur la question de savoir si l'invention est définie par le brevet '446 dans son ensemble, ou si la revendication 7 doit être considérée comme une invention en soi. La décision rendue par le juge de première instance à cet égard est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (l'arrêt *Housen*), au paragraphe 8).

[65] Après avoir examiné attentivement l'arrêt de notre Cour *Apotex ACE* (C.A.F.) et la décision *Boehringer*, précitée, je conclus que le juge de première instance a eu raison de limiter l'invention à ce qui était décrit dans la revendication 7.

[66] Dans la décision *Boehringer*, précitée, le brevet portait sur une classe de « morpholines de substitution ». Toutefois, la revendication 8 du brevet visait un composé précis, la « 2-phényl-3-méthylmorpholine ». Le mémoire descriptif ne mentionnait pas seule la 2-phényl-3-méthylmorpholine, mais décrivait plutôt [TRADUCTION] « en termes généraux certains procédés de production d'une classe de morpholines de substitution assez vaste pour en inclure plusieurs milliards, dont la plupart n'avaient jamais été préparées ni testées » (aux pages 209 et 210). Le juge Thurlow (tel était

... as I view the matter, it becomes necessary because of the presence of claim 8 to read the specification not only to see what it says that refers to and describes an alleged invention of processes for the preparation of the class of substances but also to see what, if anything, it says that refers to and describes an invention of 2-phenyl-3-methyl morpholine and processes for its production. For, if the requirements of s. 36 of the *Patent Act* in respect of the description, etc., of the invention of 2-phenyl-3-methylmorpholine are complied with, the mere fact that the required information is mixed with and included as part of the description of another alleged invention will not by itself render claim 8 invalid. [Emphasis added.]

[67] In *Apotex ACE* (F.C.), above, Hughes J., albeit reluctantly, followed *Boehringer*, above, and stated at paragraph 116:

Were I to approach the matter without jurisprudential constraints, I would readily find that the '340 application is directed to but one invention, a class of compounds, of which individual compounds such as lisinopril are but illustrative. However, *Boehringer* and *Hoechst*, *supra*, oblige me to find otherwise, on the slender basis that there was, in the '340 application not only examples but also specific claims to the individual compounds enalapril, enalaprilat and li[s]i[n]opril, each of which, on the theory of those cases, is a different invention from the class. A higher court may be persuaded otherwise however, for jurisprudential integrity in this Court, I must find that the '340 application discloses separate inventions to each of the class, to li[s]i[n]opril, to enalapril and to enalaprilat.

[68] On appeal to this Court, in *Apotex ACE* (F.C.A.), above, Hughes J.'s reasoning was upheld, at paragraph 31, in the following terms:

Nowhere does [Justice Hughes] state that those cases stand for the broad proposition that each claim in a patent represents a separate invention. Rather, his holding is much narrower; namely, in cases as in the present, where a single patent application separately claims a class of chemical compounds and a single compound within that class, each separate claim discloses a separate invention. [Emphasis added.]

alors son titre) de la Cour de l'Échiquier a conclu, à la page 214 :

[TRADUCTION] [...] à mon avis, en raison de la présence de la revendication n° 8, il devient nécessaire de lire le mémoire descriptif non seulement pour vérifier ce qu'il dit et expose concernant une invention supposée de procédés pour la préparation de la classe de substances, mais également pour voir, le cas échéant, ce qu'il dit et expose concernant une invention de la 2-phényl-3-méthylmorpholine et les procédés pour sa production. En effet, si les exigences de l'article 36 de la *Loi sur les brevets* à l'égard de la description, etc., de l'invention de la 2-phényl-3-méthylmorpholine sont respectées, le simple fait que l'information exigée soit mélangée avec la description d'une autre invention supposée et incluse dans la description ne rendra pas à lui seul la revendication n° 8 invalide. [Non souligné dans l'original.]

[67] Dans la décision *Apotex ACE* (C.F.), précitée, le juge Hughes a, non sans réticences, suivi la décision *Boehringer*, précitée, déclarant, au paragraphe 116 :

Si je devais aborder la question sans les contraintes que m'impose la jurisprudence, je conclurais en fait que la demande 340 vise une seule invention, une classe de composés, dont les composés individuels, tels que le lisinopril, ne sont que des illustrations. Cependant, les décisions *Boehringer* et *Hoechst*, précitées, m'obligent à conclure différemment, sur le mince fondement que la demande 340 contenait non seulement des exemples, mais aussi des revendications spécifiques visant les composés individuels que sont l'énalapril, l'énalaprilat et le lisinopril, dont chacun, selon la théorie de cette jurisprudence, constitue une invention différente de celle de la classe. Une juridiction supérieure pourra être persuadée d'une autre position, mais en raison de l'intégrité de la jurisprudence de la Cour, je dois conclure que la demande 340 divulgue des inventions distinctes à l'égard de chaque membre de la classe, le lisinopril, l'énalapril et l'énalaprilat.

[68] Saisi de l'appel de ce jugement, notre Cour a, dans l'arrêt *Apotex ACE* (C.A.F.), précité, confirmé le raisonnement du juge Hughes dans les termes suivants, au paragraphe 31 :

Ce dernier [le juge Hughes] n'affirme nulle part que ces décisions énoncent comme principe général que chaque revendication contenue dans un brevet représente une invention distincte. Ce qu'il soutient est en fait beaucoup plus limité, à savoir que, dans des litiges comme la présente espèce, où une seule demande de brevet contient des revendications distinctes pour une classe de composés chimiques et pour un seul composé faisant partie de cette classe, chaque revendication divulgue une invention distincte. [Non souligné dans l'original.]

[69] In the present matter, the Judge adopted the construction of claim 7 of the '446 patent endorsed by this Court in *Apotex-Viagra*, above. Pursuant to this construction, claim 7 represents a compound (sildenafil) within a class of compounds (those given by formula I) used to treat ED. Accordingly, claim 7 constitutes a separate invention. The questions of utility and disclosure must therefore be determined on that basis.

[70] The appellant's attempt to distinguish between subsections 27(3) and (4) of the Act does not impact the appropriate approach to take. Paragraph 27(3)(a) provides that "[t]he specification of an invention must ... correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor" (emphasis added). As to subsection 27(4), it states: "The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed." While it is true, as the appellant argues, that the fact that a claim meets the requirements of subsection 27(4) does not necessarily mean the invention will meet the subsection 27(3) disclosure requirements, in this case, the two requirements are the same: claim 7 is the invention. Therefore, when paragraph 27(3)(a) states that the invention must be fully described, it should be read as requiring that claim 7 be fully described. In the patent, claim 7 clearly states the formula for sildenafil and accordingly is clearly described.

[71] The interpretation of the relevant invention as claim 7 rather than the '446 patent as a whole also answers the appellant's argument that the Judge misapplied the *Consolboard/Ranbaxy* test. The appellant argues that the Judge was not entitled to find that the patent was clear because claim 7 was clear. However, the Judge was never actually required to find that the '446 patent itself was clear. Rather, he was required to find that the

[69] En l'espèce, le juge de première instance a retenu l'interprétation de la revendication 7 du brevet '446 à laquelle notre Cour avait souscrit dans l'arrêt *Apotex-Viagra*, précité. Suivant cette interprétation, la revendication 7 vise un composé (le sildénafil) qui fait partie d'une catégorie de composés (ceux qui correspondent à la formule I) servant au traitement de la dysfonction érectile. En conséquence, la revendication 7 constitue une invention distincte. La question de l'utilité et celle de l'exposé de l'invention doivent par conséquent être tranchées sur ce fondement.

[70] La tentative faite par l'appelante pour établir une distinction entre les paragraphes 27(3) et (4) de la Loi n'a aucune incidence sur la méthode qu'il convient d'appliquer. L'alinéa 27(3)a prévoit que « [l]e mémoire descriptif doit décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues son inventeur » (non souligné dans l'original). Quant au paragraphe 27(4), il dispose : « Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l'objet de l'invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif ». Bien qu'il soit vrai, comme le soutient l'appelante, que le fait qu'une revendication satisfait aux exigences du paragraphe 27(4) ne signifie pas nécessairement que l'invention satisfait aussi aux exigences du paragraphe 27(3) relatives à l'exposé de l'invention, force est de constater que, dans le cas qui nous occupe, les deux conditions sont identiques : c'est la revendication 7 qui constitue l'invention revendiquée. Par conséquent, lorsque l'alinéa 27(3)a indique que l'invention doit être décrite d'une façon complète, il faut comprendre que cet alinéa exige que la revendication 7 soit décrite de façon complète. Dans le brevet, la revendication 7 expose clairement la formule du sildénafil; elle est donc décrite de façon claire.

[71] Le fait de considérer que l'invention revendiquée correspond à la revendication 7 plutôt qu'à l'ensemble du brevet '446 répond à l'argument de l'appelante suivant lequel le juge de première instance a mal appliqué le critère posé dans les arrêts *Consolboard* et *Ranbaxy*. L'appelante soutient que le juge de première instance n'avait pas le droit de conclure que le brevet était clair parce que la revendication 7 était claire. Le juge de

'446 patent clearly revealed the invention disclosed by claim 7. He did so, and in so doing, he did not err.

[72] The appellant's contention that best mode requirements apply is without merit. In *Sanofi*, above, Snider J. carefully examined the Act and concluded, in my view correctly, as follows (at paragraphs 329, 330 and 332):

As can be seen from the words of the statute, the "best mode" obligation only arises in the case of a patent to a machine. Neither the words nor the underlying concept that a patentee must set out the best available manner of putting the invention into practice are used elsewhere in s. 34(1) or in the *Patent Act*...

Where Parliament has chosen to include a "best mode" obligation in respect of machine patents only, the courts must respect that choice. Accordingly, reading such a requirement into non-machine patents would be contrary to the principles of statutory interpretation.

...

I also note that the words of President Thorson in *Mineral[s] Separation*, above, must be placed in context. President Thorson's words were *obiter* only; nowhere in the decision, did President Thorson apply the concept of best mode or good faith to his decision. Further, Justice Dickson's words referred to above, in the *Consolboard* decision, were addressed to the issue of sufficiency. In brief, I do not read either of these cases as importing a "best mode" requirement into a patent for a compound.

[73] In concluding as she did, Snider J. took note of the Supreme Court's decision in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, wherein Rothstein J. stressed the importance of fidelity to the Act, at paragraph 12:

At the outset, it is appropriate to refer to the words of Judson J. for this Court in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, at p. 57:

première instance n'était toutefois jamais effectivement tenu de conclure que le brevet '446 lui-même était clair. Il devait plutôt conclure que le brevet '446 exposait clairement l'invention révélée par la revendication 7. C'est bien ce qu'il a fait et, en agissant ainsi, il n'a pas commis d'erreur.

[72] L'argument de l'appelante suivant lequel les conditions relatives à la meilleure manière s'appliquent est non fondé. Dans la décision *Sanofi*, précitée, la juge Snider a examiné attentivement la Loi et a conclu, à bon droit selon moi, ce qui suit (aux paragraphes 329, 330 et 332) :

Comme le montre le libellé de la Loi, l'obligation relative à la « meilleure manière » ne naît que dans le cas du brevet d'une machine. Ni le libellé ni l'idée sous-jacente indiquant que le titulaire du brevet est tenu d'exposer la meilleure manière de mettre l'invention en pratique ne figurent ailleurs au paragraphe 34(1), ni ailleurs dans la *Loi sur les brevets* [...]

Comme le législateur a décidé d'inclure l'obligation de la « meilleure manière » à l'égard des brevets au sujet d'une machine seulement, les tribunaux sont tenus de respecter ce choix. Par conséquent, il serait contraire aux principes d'interprétation des lois d'appliquer cette obligation à d'autres brevets que les brevets au sujet d'une machine.

[...]

Je fais également observer que les mots du président Thorson dans l'arrêt *Minerals Separation*, précité, doivent être mis en contexte. Les mots du président Thorson n'étaient qu'une observation incidente; dans l'arrêt, le président Thorson n'a nulle part appliqué la notion de la meilleure manière ou de la bonne foi. En outre, les mots du juge Dickson dans l'arrêt *Consolboard*, cités ci-dessus, concernaient la question de la suffisance. Bref, je n'interprète aucun de ces arrêts comme s'il intégrait l'obligation relative à la « meilleure manière » au brevet d'un composé.

[73] Pour arriver à cette conclusion, la juge Snider a pris acte de l'arrêt de la Cour suprême *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265, dans lequel le juge Rothstein souligne l'importance d'être fidèle à la Loi, au paragraphe 12 :

Il convient d'abord de citer le juge Judson s'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Commissioner of Patents c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, p. 57 :

There is no inherent common law right to a patent. An inventor gets his patent according to the terms of the *Patent Act*, no more and no less.

The most recent reference to the law of patents being wholly statutory are the words of Lord Walker in *Synthon B.V. v. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59, at paras. 57-58:

The law of patents is wholly statutory, and has a surprisingly long history. . . . In the interpretation and application of patent statutes judge-made doctrine has over the years done much to clarify the abstract generalities of the statutes and to secure uniformity in their application.

Nevertheless it is salutary to be reminded, from time to time, that the general concepts which are the common currency of patent lawyers are founded on a statutory text, and cannot have any other firm foundation.

[74] I therefore conclude that the scope of disclosure requirements is limited to claim 7. Consequently, the Judge was correct in finding that claim 7 was the invention.

1. (b) *Sufficiency of Disclosure: Given the determination of the invention, was there sufficient disclosure?*

[75] This question is one of mixed fact and law, as the Judge was required to assess the evidence before him against a legal standard—sufficiency. The Judge’s findings can only be overturned if he made a palpable and overriding error (*Housen*, above, at paragraphs 28 and 36).

[76] For a patent to be valid, an invention must be sufficiently disclosed. The specification represents the bargain between the Crown on behalf of the public and the inventor (*Consolboard*, above). Accordingly, the patent must contain enough information to allow a person skilled in the art to make the invention. The claims must be precisely laid out, without being overbroad. If the disclosure requirements are not met, the patent will be invalid even if it is new, useful and not obvious.

[TRADUCTION] Il n’existe pas, en common law, de droit inhérent à un brevet. L’inventeur obtient son brevet conformément à la *Loi sur les brevets*. Un point c’est tout.

L’affirmation la plus récente voulant que le droit des brevets soit entièrement issu de la loi est celle de lord Walker dans l’arrêt *Synthon B.V. c. SmithKline Beecham plc*, [2006] 1 All E.R. 685, [2005] UKHL 59, par. 57-58 :

[TRADUCTION] L’origine du droit des brevets est purement législative et étonnamment ancienne [. . .] Eu égard à l’interprétation et à l’application des dispositions législatives sur les brevets, la doctrine jurisprudentielle a largement contribué au fil des ans à clarifier les notions abstraites des lois et à en assurer l’application uniforme.

Il est tout de même salutaire de se faire rappeler de temps à autre que les concepts généraux auxquels se réfèrent les avocats spécialisés en droit des brevets prennent appui sur un texte législatif et ne sauraient avoir aucun autre véritable fondement.

[74] Je conclus donc que les conditions relatives à l’exposé de l’invention ne valent que pour la revendication 7. En conséquence, c’est à bon droit que le juge de première instance a conclu que la revendication 7 était l’invention revendiquée.

1. b) *Suffisance de la divulgation : Vu la conclusion tirée quant à ce qui constitue l’invention, l’exposé de l’invention était-il suffisant?*

[75] Il s’agit d’une question mixte de fait et de droit, car le juge de première instance était tenu d’apprécier les éléments de preuve dont il disposait en fonction d’une norme juridique, celle de la suffisance. Les conclusions du juge de première instance ne peuvent être infirmées que s’il a commis une erreur manifeste et dominante (*Housen*, précité, aux paragraphes 28 et 36).

[76] Pour qu’un brevet soit valide, l’invention qu’il revendique doit être suffisamment divulguée. Le mémoire descriptif représente le marché conclu entre, d’une part, Sa Majesté, agissant pour le public, et, d’autre part, l’inventeur (*Consolboard*, précité). Par conséquent, le brevet doit comporter suffisamment de renseignements pour permettre à une personne versée dans l’art de mettre l’invention en pratique. Les revendications doivent fournir des détails assez précis et ne

These requirements for a patent specification are set out in subsections 27(3) and (4) of the Act.

[77] In my view, the Judge did not err. The invention herein is found in the compound disclosed in claim 7, not in the patent as a whole. This approach clarifies the answers to the *Consolboard*, above, questions: “What is your invention?” and “How does it work?” The invention is the compound in claim 7. The Judge adopted Mosley J.’s construction of claim 7 from *Apotex-Viagra*, above, at paragraph 35, which this Court upheld on appeal at paragraph 11: “the use of sildenafil (or a salt thereof) in the form of an oral medicine for the treatment of erectile dysfunction in man” (decision, at paragraphs 40 and 41). Therefore, there is no difficulty in answering the first question: the invention is the use of sildenafil to treat ED. The question “How does it work?” is answered by the rest of the patent, which describes the mechanism of action.

[78] Furthermore, the Judge also found that even if the '446 patent were taken as a whole, a skilled reader would be able to narrow the range of listed compounds down to two: the “especially preferred compounds” listed separately in claims 6 and 7. “A skilled reader would then conduct tests on those two compounds and determine which of those two compounds worked. In this case, Claim 7 is the compound which works and Claim 7 does sufficiently and clearly describe sildenafil” (decision, at paragraph 146). Though the appellant argues that the Judge erred in coming to this finding, the Judge’s decision clearly demonstrates that he turned his mind to the relevant expert evidence and came to a conclusion open to him on the evidence. Consequently, in my view, he made no palpable and overriding error.

pas avoir une portée trop large. Si les obligations en matière de divulgation ne sont pas respectées, le brevet sera invalide même s’il est nouveau et utile et qu’il n’est pas évident. Ces obligations, qui sont relatives au mémoire descriptif du brevet, sont énoncées aux paragraphes 27(3) et (4) de la Loi.

[77] À mon avis, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur. L’invention en cause en l’espèce se trouve dans le composé divulgué à la revendication 7, et non dans le brevet dans son ensemble. Cette manière de voir permet de donner des réponses plus claires aux questions posées dans l’arrêt *Consolboard*, précité : « En quoi consiste l’invention? » et « Comment fonctionne-t-elle? » L’invention est le composé dont il est question dans la revendication 7. Le juge de première instance a retenu l’interprétation que le juge Mosley avait faite de la revendication 7 dans la décision *Apotex-Viagra*, précitée, au paragraphe 35, et que notre Cour avait confirmée en appel, au paragraphe 11 : « l’utilisation du sildénafil (ou d’un sel de sildénafil) sous la forme d’un médicament administré par voie orale destiné au traitement de la dysfonction érectile chez l’homme » (décision, aux paragraphes 40 et 41). On peut donc sans peine répondre à la première question : l’invention porte sur l’utilisation du sildénafil pour le traitement de la dysfonction érectile. La réponse à la question « Comment fonctionne-t-elle? » se trouve dans le reste du brevet, où se trouve décrit le mécanisme d’action.

[78] Par ailleurs, le juge de première instance a également conclu que, même si le brevet '446 était considéré comme un tout, le lecteur versé dans l’art serait en mesure de concentrer son analyse et de ne retenir que deux des composés énumérés, en l’occurrence les « composés particulièrement privilégiés » énumérés séparément dans les revendications 6 et 7. « Le lecteur versé dans l’art procéderait ensuite à des tests sur ces deux composés pour déterminer lequel fonctionne. En l’espèce, la revendication 7 est celle qui vise le composé qui fonctionne et la revendication 7 décrit clairement et de façon suffisante le sildénafil » (décision, au paragraphe 146). Bien que l’appelante soutienne que le juge de première instance a commis une erreur en tirant cette conclusion, il ressort clairement de sa décision que le

[79] As to the appellant's arguments regarding certain of the Judge's comments, which the appellant labels "extraneous", I have no difficulty agreeing with Pfizer that these comments do not lead to a reviewable error. Pfizer correctly points out that the Judge was required to determine whether the disclosure was sufficient as of the date of filing. As a result, anything which occurred subsequent thereto is of no relevance. Nevertheless, in my view, the Judge's comments, although misguided in the circumstances, do not form the basis of a reviewable error. As the relevant invention is the compound found in claim 7, the disclosure is sufficient.

2. (a) Utility: Was the respondent required to demonstrate utility in the patent disclosure?

[80] I now turn to the second issue, whether the Judge was correct in concluding that the '446 patent met the requirement of utility under section 2 of the Act, which requires that the subject-matter of a patent be new and useful. The general principle is that, as of the relevant date (the date of filing), there must have been either demonstration of utility of the invention or a sound prediction of the utility. Evidence beyond that set out in the specification can and, normally, will be necessary.

[81] Whether or not Pfizer was required to include proof of utility in the patent is a question of law, and therefore reviewable on the standard of correctness (*Housen*, above, at paragraph 8).

[82] I agree with Pfizer's submission and with the Judge's finding that there is no requirement for a patent to demonstrate utility in the patent disclosure, so

juge de première instance a retenu le témoignage de l'expert sur ce point et qu'il est arrivé à une conclusion que la preuve lui permettait de tirer. J'estime donc qu'il n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante.

[79] Quant aux arguments de l'appelante au sujet de certaines des observations du juge de première instance que l'appelante qualifie d'« étrangères », je n'ai aucun mal à convenir avec Pfizer que ces observations n'ont donné lieu à aucune erreur susceptible de révision. Pfizer souligne à juste titre que le juge de première instance devait décider si l'exposé de l'invention était suffisant à la date du dépôt. En conséquence, tout ce qui a pu se produire par la suite ne tire pas à conséquence. J'estime néanmoins que, bien que malavisées dans les circonstances, les observations du juge de première instance ne permettent pas de conclure que ce dernier a commis une erreur susceptible de révision. Comme l'invention revendiquée correspond au composé visé à la revendication 7, l'exposé de l'invention est suffisant.

2. a) Utilité : L'intimée devait-elle démontrer l'utilité dans l'exposé de l'invention du brevet?

[80] Je passe maintenant à la seconde question, celle de savoir si c'est à bon droit que le juge de première instance a conclu que le brevet '446 satisfaisait à l'obligation d'utilité prévue à l'article 2 de la Loi, qui exige que le brevet présente les caractères de la nouveauté et de l'utilité. Le principe général est le suivant : à la date pertinente (la date du dépôt), il doit y avoir eu démonstration de l'utilité de l'invention, ou à défaut, une prédiction valable de l'utilité de l'invention. On peut et, normalement, on doit présenter d'autres éléments de preuve que ceux qui se trouvent dans le mémoire descriptif.

[81] La question de savoir si Pfizer devait inclure ou non dans le brevet des éléments de preuve au sujet de l'utilité est une question de droit qui est par conséquent assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Housen*, précité, au paragraphe 8).

[82] Je souscris à la prétention de Pfizer et à la conclusion du juge de première instance suivant lesquelles il n'est pas nécessaire que le brevet démontre l'utilité

long as the trier of fact finds it to be proven upon a legal challenge.

[83] On the one hand, I do not agree with the appellant's interpretation of *Eli Lilly*, above, where this Court and the Federal Court were of the view that the invention was based on sound prediction. The focus of the debate was not on determining whether the invention demonstrated utility, but rather on determining the standard of disclosure required where a patent is based on sound prediction. Accordingly, *Eli Lilly* is not directed at determining the basis of utility but, rather, it is directed at determining whether, given the basis of sound prediction, an invention has in fact been soundly predicted.

[84] On the other hand, I cannot entirely accept Pfizer's interpretations of *Consolboard*, above, and *Ranbaxy*, above. In *Consolboard*, the Supreme Court addressed whether the patent was required to disclose the use to which the inventor intended the invention to be put: in other words, it differentiated between utility *qua* fulfilling what is promised and utility *qua* practical utility. That is why Justice Dickson (as he then was), at page 525, quoted from *Halsbury's Laws of England*, (3rd ed.), Vol. 29, page 59, for the proposition that "the practical usefulness of the invention does not matter, nor does its commercial utility" and concluded, at page 526, that the inventor:

... must say what it is he claims to have invented. He is not obliged to extol the effect or advantage of his discovery, if he describes his invention so as to produce it.

[85] Similarly, in *Ranbaxy*, this Court addressed the subsection 27(3) disclosure requirements. There, I wrote as follows, at paragraphs 56 and 57:

Whether or not a patentee has obtained enough data to substantiate its invention is, in my view, an irrelevant consideration with respect to the application of subsection 27(3). An analysis thereunder is concerned with the sufficiency of the disclosure, not the sufficiency of the data underlying the invention. Allowing *Ranbaxy* to attack the utility, novelty

dans l'exposé de l'invention, dès lors que l'arbitre des faits estime que cette preuve a été faite en cas de contestation juridique.

[83] D'un côté, je ne souscris pas à l'interprétation que l'appelante fait de l'affaire *Eli Lilly*, précitée, dans laquelle notre Cour et la Cour fédérale se sont dites d'avis que l'invention était fondée sur une prédiction valable. Le débat était axé non pas sur la question de savoir si l'invention démontrait l'utilité, mais bien sur la détermination de la norme de divulgation exigée lorsque le brevet repose sur une prédiction valable. En conséquence, l'affaire *Eli Lilly* ne portait pas sur la détermination du fondement de l'utilité mais plutôt sur la question de savoir si, s'agissant de la prédiction valable, l'invention avait effectivement fait l'objet d'une prédiction valable.

[84] D'un autre côté, je ne puis accepter sans réserve l'interprétation que Pfizer fait des arrêts *Consolboard* et *Ranbaxy*, précités. Dans l'arrêt *Consolboard*, la Cour suprême s'est demandé si le brevet devait divulguer l'usage auquel l'inventeur destinait son invention : en d'autres termes, la Cour a distingué entre l'utilité au sens de réalisation de ce qui est promis et l'utilité au sens d'utilité pratique. C'est la raison pour laquelle le juge Dickson (devenu par la suite juge en chef) cite à la page 525 l'extrait suivant de *Halsbury's Laws of England* (3^e éd.), vol. 29, page 59 : « Ce n'est pas l'utilité pratique de l'invention ni son utilité commerciale qui importe ». Le juge Dickson conclut, à la page 526, que l'inventeur :

[...] doit dire ce qu'il revendique avoir inventé. Il n'est pas obligé de vanter l'effet ou l'avantage de sa découverte s'il décrit son invention de manière à le produire.

[85] De même, dans l'arrêt *Ranbaxy*, notre Cour s'est penchée sur les obligations prévues au paragraphe 27(3) en ce qui concerne l'exposé de l'invention. Voici ce que j'ai écrit, dans cet arrêt, aux paragraphes 56 et 57 :

La question de savoir si un brevet a obtenu suffisamment de données pour étayer son invention n'est pas pertinente, à mon sens, au regard de l'application du paragraphe 27(3). L'analyse à cet égard met en cause le caractère suffisant de la divulgation et non le caractère suffisant des données sous-jacentes à l'invention. Permettre à *Ranbaxy* d'attaquer l'utilité,

and/or obviousness of the '546 patent through the disclosure requirement unduly broadens the scope of an inventor's obligation under subsection 27(3) and disregards the purpose of this provision.

While it is true that subsection 27(3) requires that an inventor "correctly and fully describe" his invention, this provision is concerned with ensuring the patentee provide the information needed by the person skilled in the art to use the invention as successfully as the patentee.

[86] The point of *Ranbaxy*, therefore, was not to dictate the section 2 utility requirements, but rather to elaborate on the subsection 27(3) disclosure requirements. *Ranbaxy* says that as far as disclosure requirements are concerned, the patentee need only provide enough information to allow someone else to practice the invention; it does not state that the patentee must demonstrate utility in the patent.

[87] Although there is no jurisprudence dictating whether or not utility need be demonstrated in the patent disclosure, I am of the view that the answer is that it need not be demonstrated in the patent disclosure. First, there is nothing in the Act which leads one to conclude that such a demonstration is necessary. Second, there is no *a priori* reason to think that the patent disclosure should contain proof of all the elements required to obtain the patent. *Hughes & Woodley*, above, describe the goal of the disclosure as follows, at § 25:

The description of the invention . . . is to give to the public adequate details as will enable a workman skilled in the art to which the invention relates to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired. In essence what is called for in the specification (including both disclosure and claims) is a description of the invention and the method of producing and constructing it, coupled with a claim or claims which state those novel features in which the applicant wants the exclusive right; the specification must define the precise and exact extent of the exclusive property and privilege claimed. [Footnote omitted.]

la nouveauté et/ou l'évidence du brevet '546 par le biais de l'exigence de divulgation élargit indûment la portée de l'obligation de l'inventeur suivant le paragraphe 27(3), et ignore l'objet de cette disposition.

Bien qu'il soit vrai que le paragraphe 27(3) exige que l'inventeur « décrive d'une façon exacte et complète » son invention, cette disposition veut qu'on s'assure que le breveté fournit l'information nécessaire à la personne versée dans l'art pour qu'elle utilise l'invention avec le même succès que le breveté.

[86] Dans l'arrêt *Ranbaxy*, il ne s'agissait donc pas tant de définir les obligations prévues à l'article 2 en ce qui concerne l'utilité, mais de compléter les exigences énoncées au paragraphe 27(3) en ce qui concerne l'exposé de l'invention. Suivant l'arrêt *Ranbaxy*, pour ce qui est des obligations du breveté en matière de divulgation, il suffit que le breveté fournisse suffisamment de renseignements pour permettre à quelqu'un d'autre de mettre l'invention en pratique; l'arrêt *Ranbaxy* ne dit pas que le breveté est tenu de démontrer l'utilité de l'invention dans le brevet.

[87] Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence précisant s'il est nécessaire ou non de démontrer l'utilité dans l'exposé de l'invention du brevet, je suis d'avis que la réponse est qu'il n'est pas nécessaire que l'utilité soit démontrée dans l'exposé de l'invention du brevet. Premièrement, il n'y a rien dans la Loi qui donne à penser qu'une telle démonstration est nécessaire. Deuxièmement, il n'existe a priori aucune raison de penser que l'exposé de l'invention du brevet devrait contenir une preuve de tous les éléments requis pour qu'on puisse obtenir le brevet. À la § 25 de leur ouvrage, *Hughes & Woodley* expliquent comme suit l'objectif visé par l'exposé de l'invention :

[TRADUCTION] La description de l'invention [...] vise à fournir au public une description adéquate de l'invention de nature à permettre à un ouvrier, versé dans l'art auquel l'invention appartient, de construire ou d'exploiter l'invention quand sera terminée la période de monopole. Essentiellement, ce qui doit figurer dans le mémoire descriptif (qui comprend à la fois la divulgation, c.-à-d. la partie descriptive de la demande de brevet et les revendications) c'est une description de l'invention et de la façon de la produire ou de la construire, à laquelle s'ajoutent une ou plusieurs revendications qui exposent les aspects nouveaux pour lesquels le demandeur demande

[88] In other words, the disclosure provides direction, not proof: it tells practitioners how to practice the invention. It does not prove to them its utility, though they can require proof through invalidity proceedings.

[89] Indeed, the Supreme Court's most recent decision on utility, *Wellcome* (S.C.C.), above, makes no mention of any requirement to prove utility in the disclosure. At paragraph 56 of his reasons, Binnie J. wrote as follows:

Where the new use is the *gravamen* of the invention, the utility required for patentability (s. 2) must, as of the priority date, either be demonstrated or be a sound prediction based on the information and expertise available. If a patent sought to be supported on the basis of sound prediction is subsequently challenged, the challenge will succeed if, *per* Pigeon J. in *Monsanto Co. v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108, at p. 1117, the prediction at the date of the application was not sound, or, irrespective of the soundness of the prediction, “[t]here is evidence of lack of utility in respect of some of the area covered”. [Emphasis in original.]

[90] The appellant's argument that Pfizer was required to include evidence of demonstrated utility in the patent disclosure is without merit. The requirements for demonstrated utility can be provided in evidence during invalidity proceedings as opposed to in the patent itself. So long as the disclosure makes reference to a study demonstrating utility, there do not appear to be any other requirements to fulfil section 2.

2. (b) *Utility: Does Study 350 actually disclose utility?*

[91] The question of whether the Judge used the wrong standard to determine utility is a question of law reviewable on a correctness standard. With respect to the Judge's ultimate conclusion, the appellant argues

un droit exclusif. Le mémoire descriptif doit définir la portée exacte et précise de la propriété et du privilège exclusifs revendiqués. [Note en bas de page omise.]

[88] En d'autres termes, l'exposé de l'invention fournit aux praticiens, non pas une preuve, mais des orientations : il explique comment mettre l'invention en application. Il ne leur prouve pas son utilité, bien qu'ils puissent exiger cette preuve en introduisant une instance en invalidité.

[89] D'ailleurs, dans sa décision la plus récente portant sur l'utilité, l'arrêt *Wellcome* (C.S.C.), précité, la Cour suprême ne mentionne nulle part la nécessité de prouver l'utilité dans l'exposé de l'invention. Au paragraphe 56 de ses motifs, le juge Binnie écrit :

Lorsque la nouvelle utilisation est l'*élément essentiel* de l'invention, l'utilité requise pour qu'il y ait brevetabilité (art. 2) doit, dès la date de priorité, être démontrée ou encore constituer une prédiction valable fondée sur l'information et l'expertise alors disponibles. Si un brevet qu'on a tenté d'étayer par une prédiction valable est par la suite contesté, la contestation réussira si, comme l'a affirmé le juge Pigeon dans l'arrêt *Monsanto Co. c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108, p. 1117, la prédiction n'était pas valable à la date de la demande ou si, indépendamment du caractère valable de la prédiction, « [i]l y a preuve de l'inutilité d'une partie du domaine visé ». [Souligné dans l'original.]

[90] L'argument de l'appelante suivant lequel Pfizer était tenue d'inclure dans l'exposé de l'invention du brevet des éléments de preuve pour démontrer l'utilité est non fondé. On peut satisfaire aux exigences en matière de démonstration de l'utilité en présentant des éléments de preuve au cours d'une instance en invalidité plutôt que dans le brevet lui-même. Il semble que, dès lors que l'exposé de l'invention cite une étude qui démontre l'utilité, il n'y ait aucune autre exigence à satisfaire pour respecter l'article 2.

2. b) *Utilité : L'étude 350 révèle-t-elle que l'invention était utile?*

[91] La question de savoir si le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère pour se prononcer sur l'utilité est une question de droit à laquelle s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. En ce qui

that “promised utility is a question of law”, citing *Laboratoires Servier v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 222, 75 C.P.R. (4th) 443. However, in my view, this is an incorrect reading of the case. At paragraph 101 of her reasons for the Court, Layden-Stevenson J.A. made the following remarks:

Determining the promise of a patent is an aspect of claims construction, a question of law....

[92] As Pfizer points out, the case does not state that the question of whether or not an invention lives up to the promise contained in the patent is a question of law. To the contrary, in *French’s Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.*, [1930] S.C.R. 462, Justice Rinfret wrote as follows, at page 466:

Whether in a particular case there is invention, novelty or utility is always a question of fact depending on the special circumstances and stands to be decided on the evidence of those having the technical skill and knowledge enabling them to understand the new art, machine, manufacture, process or composition of matter or the improvement thereon for which the patent was granted.

[93] Therefore, provided the Judge did not misdirect himself with respect to the appropriate test, his findings on utility can only be overturned in the presence of a palpable and overriding error.

[94] I am satisfied that the Judge did not commit a reviewable error. With respect to the standard of utility, the Judge stated that “usefulness, while essential for patentability, need only satisfy a low threshold” (decision, at paragraph 77). He then quoted from *Consolboard*, above, which in turn cites *Halsbury’s*, above, for the proposition that practical utility does not matter. He then referred to paragraph 271 of *Aventis*, above, where Mactavish J. stated: “In order to be patentable, an invention must be novel, inventive and useful. Where the specification does not promise a specific result, no particular level of utility is required — a ‘mere scintilla’ of

concerne la dernière conclusion du juge de première instance, l’appelante soutient que [TRADUCTION] « l’utilité promise est une question de droit », citant l’arrêt *Laboratoires Servier c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 222. J’estime toutefois qu’il s’agit là d’une interprétation erronée de cet arrêt. Au paragraphe 101 de ses motifs, la juge Layden-Stevenson explique :

La détermination de ce que promet le brevet est un élément de l’interprétation des revendications, une question de droit [...]

[92] Comme Pfizer le souligne, la Cour ne dit pas dans cet arrêt que la question de savoir si l’invention respecte la promesse contenue dans le brevet est une question de droit. Au contraire, dans l’arrêt *French’s Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.*, [1930] R.C.S. 462, le juge Rinfret écrit ce qui suit, à la page 466 :

[TRADUCTION] La question de savoir si dans un cas donné il y a invention, nouveauté ou utilité est toujours une question de fait qui dépend des circonstances particulières de l’affaire et qui est à trancher en fonction des témoignages de ceux qui possèdent une compétence et un savoir techniques leur permettant de comprendre la réalisation, la machine, la fabrication, le procédé ou la composition des matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un des susdits, présentant le caractère de la nouveauté et faisant l’objet d’une concession de brevet.

[93] Ainsi donc, dès lors que le juge de première instance ne s’est pas mépris sur le critère applicable, les conclusions qu’il a tirées au sujet de l’utilité ne peuvent être infirmées que s’il a commis une erreur manifeste et dominante.

[94] Je suis convaincu que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur susceptible de révision. En ce qui concerne la norme de l’utilité, le juge de première instance a déclaré que « bien qu’elle soit essentielle à la brevetabilité, l’utilité est un critère préliminaire peu exigeant » (décision, au paragraphe 77). Il a ensuite cité l’arrêt *Consolboard*, précité, qui cite lui-même *Halsbury’s*, précité, à l’appui de la proposition que l’utilité pratique n’importe pas. Il se réfère ensuite au paragraphe 271 de la décision *Aventis*, précitée, dans laquelle la juge Mactavish déclare : « Pour être brevetable, une invention doit être nouvelle, inventive et utile.

utility will suffice” (decision, at paragraph 78). He later reiterated “As Mactavish J. stated in *Aventis, supra*, a ‘scintilla of utility’ is sufficient for the purposes of patentability” (decision, at paragraph 87).

[95] Although the Judge’s pronouncements seem to denote some confusion on his part with regard to the appropriate standard of utility, this does not constitute a reviewable error. First, the Judge noted that apart from the “scintilla of utility” standard, there had to be evidence that the invention produced that result, but that there was no requirement that the result be commercially useful. At paragraph 75 of his decision, he then quoted the following passage from *Hughes & Woodley*, above:

An essential condition to the validity of a patent is that the invention as claimed should possess utility... Utility means primarily that the invention, as described in the patent, will work in the manner as promised by the patent.

[96] Furthermore, the Judge found [at paragraph 86] that “patients who received sildenafil showed a significant improvement in erectile function” (emphasis added). A finding of significant improvement is, in my view, an indication that the Judge found that there was more than a “scintilla of utility”.

[97] The Judge was also correct in finding that an inventor is not required to meet regulatory testing standards in order to demonstrate utility. In support of that proposition, he adopted the view expressed by Wetston J. in *Wellcome* (F.C.), above, at paragraphs 104–105:

... A&N argues that the standard of utility to which a pharmaceutical invention must be held is safety and effectiveness. In my opinion, these requirements are excessive in order for pharmaceuticals to be patentable and create too high a standard

Lorsque le mémoire descriptif ne promet pas un résultat précis, aucun degré particulier d’utilité n’est exigé, la [TRADUCTION] “moindre parcelle” d’utilité suffit » (décision, au paragraphe 78). Plus loin, il réitère encore : « Comme la juge Mactavish l’a écrit dans *Aventis*, précité, la “moindre parcelle d’utilité” suffit lorsqu’il s’agit de démontrer la brevetabilité » (décision, au paragraphe 87).

[95] Bien que les conclusions du juge de première instance semblent dénoter une certaine confusion de sa part en ce qui concerne la norme d’utilité applicable, on ne saurait dire qu’il a commis une erreur susceptible de révision. Tout d’abord, le juge de première instance signale qu’indépendamment de la norme de la « moindre parcelle d’utilité », il faut présenter des éléments de preuve démontrant que l’invention permet d’obtenir le résultat visé, tout en ajoutant qu’il n’est pas nécessaire que ce résultat soit utile sur le plan commercial. Au paragraphe 75 de sa décision, il cite l’extrait suivant de l’ouvrage de *Hughes & Woodley*, précité :

[TRADUCTION] Une condition essentielle à la validité du brevet est que l’invention revendiquée soit utile [...] Par utile, on entend surtout le fait que l’invention décrite dans le brevet produira les résultats promis par le brevet.

[96] De plus, le juge de première instance a conclu [au paragraphe 86] que « les patients qui ont reçu du sildénafil ont bénéficié d’une amélioration importante de leur fonction érectile » (non souligné dans l’original). Une constatation d’amélioration importante constitue, à mon sens, une indication que le juge de première instance a conclu qu’on n’avait pas affaire à une simple « parcelle d’utilité ».

[97] C’est également à bon droit que le juge de première instance a conclu que l’inventeur n’était pas tenu de respecter les normes d’autorisation réglementaire pour démontrer l’utilité. À l’appui de cette proposition, il a fait siens les propos exprimés par le juge Wetston dans la décision *Wellcome* (C.F.), précitée, aux paragraphes 104 et 105:

[...] A&N plaident que le critère de l’utilité applicable à l’invention pharmaceutique se définit par l’innocuité et l’efficacité [...] À mon avis, ces exigences sont excessives lorsqu’il s’agit de la brevetabilité des médicaments et elles

for a patent. Indeed, what would the effect of such a standard have on drug research?

[98] The appellant submits that the Supreme Court overruled *Wetston J.* on this point in *Wellcome* (S.C.C.), above, but the Court's reasons show otherwise. At paragraph 77, Binnie J. wrote as follows:

The appellants take issue with the trial judge's conclusion. In their factum ..., they argue that utility must be demonstrated by prior human clinical trials establishing toxicity, metabolic features, bioavailability and other factors. These factors track the requirements of the Minister of Health when dealing with a new drug submission to assess its "safety" and "effectiveness"....

The prerequisites of proof for a manufacturer who wishes to market a new drug are directed to a different purpose than patent law. The former deals with safety and effectiveness. The latter looks at utility, but in the context of inventiveness. The doctrine of sound prediction, in its nature, presupposes that further work remains to be done.

[99] *Wellcome* (S.C.C.) did not therefore overturn *Wellcome* (F.C.) on the required standard of utility. Furthermore, *Wellcome* is a case which pertains to the doctrine of sound prediction, in regard to which the appellant concedes that a higher standard of utility is required than where an inventor can point to demonstrated utility.

[100] Consequently, although the Judge may have misapplied the "mere scintilla" test because in the present matter, there had been a specific promise that sildenafil would work to treat ED, his error is, in the end, inconsequential. The Judge found that Study 350 revealed a "significant" improvement in treating ED. Furthermore, he correctly stated that the test for utility in this case was whether the invention did what it promised, and that the level of proof need not reach the level required by clinical testing. Accordingly, he found there to be more than a scintilla of utility, and so his error does not attract our intervention.

créent une norme trop élevée pour le brevet. En effet, quel impact serait l'effet d'une telle norme sur la recherche sur les médicaments?

[98] L'appelante soutient que la Cour suprême a infirmé la décision du juge *Wetston* sur ce point dans l'arrêt *Wellcome* (C.S.C.), précité, mais les motifs de la Cour ne confirment pas cette opinion. Au paragraphe 77, le juge Binnie écrit :

Les appelantes contestent la conclusion du juge de première instance. Dans leur mémoire [...], elles allèguent que l'utilité doit être démontrée au moyen d'essais cliniques préalables sur des êtres humains, établissant la toxicité, les caractéristiques métaboliques, la biodisponibilité et d'autres éléments. Ces facteurs sont conformes à ce que la présentation d'une drogue nouvelle doit comporter pour que le ministre de la Santé puisse en évaluer l'« innocuité » et l'« efficacité » [...]

Les conditions préalables en matière de preuve que doit remplir le fabricant qui souhaite commercialiser une drogue nouvelle visent un objectif différent de celui visé par le droit des brevets. Dans le premier cas, on parle d'innocuité et d'efficacité alors que, dans le deuxième cas, il est question d'utilité, mais dans le contexte de l'inventivité. De par sa nature, la règle de la prédiction valable presuppose l'existence d'autres travaux à accomplir.

[99] Dans l'arrêt *Wellcome* (C.S.C.), la Cour suprême n'a pas infirmé la décision de la Cour fédérale en ce qui concerne la norme d'utilité exigée. En outre, l'affaire *Wellcome* portait sur la doctrine de la prédiction valable, au sujet de laquelle l'appelante admet que la norme d'utilité qui s'applique est plus exigeante que lorsque l'inventeur est en mesure de démontrer l'utilité.

[100] En conséquence, bien que le juge de première instance ait peut-être mal appliqué le critère de la « moindre parcelle » parce qu'en l'espèce, il existait une promesse expresse que le sildénafil serait efficace pour le traitement de la dysfonction érectile, son erreur ne tire en fin de compte pas à conséquence. Le juge de première instance a conclu que l'étude 350 révélait une amélioration « importante » de la fonction érectile. De plus, il a déclaré, à raison, qu'en l'espèce, le critère de l'utilité était celui de savoir si l'invention permettait de réaliser ce qu'elle promettait et que le degré de preuve exigé n'était pas aussi élevé que celui qui est requis dans le cas

[101] As to the Judge's findings of fact, he explicitly turned his mind to all of the appellant's grounds of criticism: whether erections are an appropriate clinical endpoint, the utility of statistically insignificant diary data, and the RigiScan data. He held first that the RigiScan is the "best available tool for measuring the rigidity and duration of an erection, which is the only objective method of determining whether an erection is adequate for intercourse" (decision, at paragraph 86). He then addressed the problems relating to statistical significance, outlined above, and held that "[w]hile the study may not have met the standards for regulatory approval, the Court is satisfied that it is sufficient for the purposes of establishing the demonstrated utility of the invention" (decision, at paragraph 88).

[102] I am of the opinion that these findings were open to the Judge on the record and that, as a consequence, he made no palpable and overriding error in determining that Study 350 disclosed utility.

Disposition

[103] I would therefore dismiss the appeal with costs to Pfizer, both in this Court and in the Court below.

BLAIS C.J.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

d'épreuves cliniques. Il a par conséquent conclu qu'il disposait de plus qu'une parcelle d'utilité, de sorte que l'erreur qu'il a commise ne justifie pas notre intervention.

[101] Quant à ses conclusions de fait, le juge de première instance s'est explicitement attardé à chacun des griefs formulés par l'appelante : la question de savoir si les érections constituent un paramètre clinique approprié, l'utilité des résultats consignés dans les journaux, qui n'étaient pas statistiquement significatifs, et les données obtenues grâce au RigiScan. Il a tout d'abord jugé que l'appareil RigiScan est « le meilleur outil disponible pour mesurer la rigidité du pénis et la durée d'une érection, qui est la seule méthode objective pour déterminer si une érection est suffisante pour un rapport sexuel » (décision, au paragraphe 86). Il a ensuite abordé les problèmes de la signification statistique, qui ont déjà été évoqués, et a conclu que « [b]ien que l'étude puisse ne pas avoir respecté les normes d'autorisation réglementaire, la Cour est convaincue que cela suffit à établir l'utilité démontrée de l'invention » (décision, au paragraphe 88).

[102] J'estime que le dossier permettait au juge de première instance de tirer ces conclusions et qu'il n'a donc pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que l'étude 350 révélait l'utilité.

Dispositif

[103] Je rejetterais par conséquent l'appel et j'adjugerais les dépens à Pfizer tant devant notre Cour que devant la juridiction inférieure.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

	2010 FC 1046 IMM-1396-10	2010 CF 1046 IMM-1396-10
Zef Shpati (<i>Applicant</i>)		Zef Shpati (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (<i>défendeur</i>)
	IMM-6518-09 IMM-6522-09	IMM-6518-09 IMM-6522-09
Zef Shpati (<i>Applicant</i>)		Zef Shpati (<i>demandeur</i>)
v.		c.
The Minister of Citizenship and Immigration (<i>Respondent</i>)		Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: SHPATI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)		RÉPERTOIRÉ : SHPATI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)
Federal Court, Harrington J.—Toronto, September 14; Ottawa, October 25, 2010.		Cour fédérale, juge Harrington—Toronto, 14 septembre; Ottawa, 25 octobre 2010.
* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-451-10, 2011 FCA 286). The reasons for judgment, handed down October 18, 2011, are published at [2012] 2 F.C.R. 133.		* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-451-10, 2011 CAF 286). Voici la référence de publication des motifs du jugement prononcés le 18 octobre 2011 : [2012] 2 R.C.F. 133.
<i>Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Judicial reviews of decisions by immigration officers refusing applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) (IMM-6518-09), permanent resident application from within Canada on humanitarian, compassionate (H&C) grounds (IMM-6522-09), request to defer removal (IMM-1396-10) — Applicant, Albanian, deported from U.S., unsuccessfully claiming refugee status in Canada — PRRA, H&C applications also denied — Enforcement officer refusing to defer applicant's removal on ground applicant able to return to Canada if PRRA successful — Whether officers erring in refusing PRRA, H&C application, deferral request — PRRA decision reasonable — Applicant's new evidence vague, not rebutting presumption of state protection — H&C decision unreasonable — H&C officer not conducting hearing pursuant to Immigration and Refugee Protection</i>		<i>Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Contrôles judiciaires de décisions d'agents d'immigration rejetant la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur (dossier IMM-6518-09), sa demande de résidence permanente présentée depuis le Canada pour des motifs d'ordre humanitaire (CH) (dossier IMM-6522-09) et sa demande de report de renvoi (dossier IMM-1396-10) — Le demandeur, un Albanien, avait été expulsé des É.-U. et avait demandé, sans succès, l'asile au Canada — Les demandes d'ERAR et CH ont aussi été rejetées — L'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi du demandeur au motif que celui-ci serait en mesure de revenir au Canada s'il obtenait une décision d'ERAR favorable — Il s'agissait de savoir si les agents ont commis une erreur en rejetant la demande d'ERAR, la demande CH et la demande de report — La décision relative à l'ERAR était</i>

Regulations, s. 167, committing breach of procedural fairness — Judicial review of refusal to defer not moot — Parliament not intending for enforcement officer to deprive applicant of recourse given by Parliament — Enforcement officer not empowered to opine on PRRA or H&C decisions already rendered, result of applicant's application for leave, judicial review — Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) proposing that only those in Canada entitled to PRRA — On its face, Perez not appearing to be distinguishable from present case — Enforcement officer consequently erring in law — Questions certified — Applications in IMM-6522-09, IMM-1396-10 allowed; application in IMM-6518-09 dismissed.

These were applications for judicial review of decisions by immigration officers refusing the applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) (docket IMM-6518-09), permission to apply for permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds (docket IMM-6522-09), and request to defer his removal pending the outcome of the PRRA and H&C applications (docket IMM-1396-10).

The applicant spent most of his life in a labour camp in Albania before becoming a permanent resident of the United States. He was deported back to Albania after smuggling his sister-in-law into the United States. The applicant's refugee status claim in Canada was dismissed because it was found that conditions in Albania had changed since he left, and state protection and an internal flight alternative were available. The applicant's subsequent PRRA and H&C applications were also denied. The enforcement officer refused to defer the applicant's removal on the ground that the applicant would be able to return to Canada if he succeeded in his PRRA. The enforcement officer also carried out an assessment of risk for which he was not qualified to carry out. The applicant's motion for a stay of removal pending the outcome of the three judicial reviews was granted.

At issue was whether the officers erred in refusing the applicant's PRRA, H&C application, and request for deferral of his removal.

raisonnable — Les nouveaux éléments de preuve du demandeur étaient vagues et ne réfutaient pas la présomption de la protection de l'État — La décision relative à la demande CH était déraisonnable — L'agente CH n'avait pas tenu d'audience en vertu de l'art. 167 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés et avait donc manqué à l'équité procédurale — Le contrôle judiciaire du refus de reporter le renvoi n'était pas devenu théorique — Le législateur n'avait pas l'intention de permettre à un agent d'exécution de priver un demandeur du recours même qu'il lui avait accordé — Un agent d'exécution n'a pas le pouvoir de se prononcer sur des décisions déjà rendues à l'égard de demandes d'ERAR ou CH ni de se prononcer sur l'issue d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire d'un demandeur — L'arrêt Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) affirme que seules les personnes présentes au Canada ont droit à un ERAR — À première vue, il ne semble pas possible de faire une distinction entre l'arrêt Perez et l'affaire en l'espèce — L'agent d'exécution a donc commis une erreur de droit — Certification de questions — Les demandes dans les affaires IMM-6522-09 et IMM-1396-10 ont été accueillies; la demande dans l'affaire IMM-6518-09 a été rejetée.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de décisions par lesquelles des agents d'immigration ont rejeté la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur (dossier IMM-6518-09), sa demande d'autorisation de présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada pour des motifs d'ordre humanitaire (CH) (dossier IMM-6522-09) et sa demande de report du renvoi en attendant l'issue de la demande d'ERAR et de la demande CH (dossier IMM-1396-10).

Le demandeur a passé la majeure partie de sa vie dans un camp de travail en Albanie avant de devenir un résident permanent des États-Unis. Il a été expulsé en Albanie après avoir fait venir clandestinement sa belle-sœur aux États-Unis. La demande d'asile au Canada du demandeur a été rejetée, l'agent ayant conclu que les conditions en Albanie avaient changé en son absence et que le demandeur pouvait se prévaloir de la protection de l'État et d'une possibilité de refuge intérieur. Les demandes ultérieures d'ERAR et CH du demandeur ont aussi été rejetées. L'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi du demandeur au motif que celui-ci serait en mesure de revenir au Canada s'il obtenait une décision d'ERAR favorable. En outre, l'agent d'exécution s'est livré à un examen des risques qu'il n'avait pas la compétence de réaliser. La requête en sursis du renvoi en attendant l'issue des trois contrôles judiciaires a été accueillie.

La question à trancher était celle de savoir si les agents ont commis une erreur en rejetant la demande d'ERAR, la demande CH et la demande de report de renvoi du demandeur.

Held, the applications in IMM-6522-09 and IMM-1396-10 should be allowed; the application in IMM-6518-09 should be dismissed.

The PRRA officer's decision in denying the PRRA was reasonable and should stand. While the applicant presented new evidence that he was still at risk in Albania, the information provided was vague. The applicant also failed to rebut the presumption of state protection with the new evidence.

The H&C officer's decision was unreasonable. The applicant's story has always been consistent and accepted by every decision maker other than the H&C officer. The applicant should have been informed that the H&C officer wanted more particulars. Indeed, because the H&C officer was concerned with the applicant's credibility, a hearing should have been conducted pursuant to section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* to allow the applicant the opportunity to address the H&C officer's concerns. The H&C officer's failure to conduct an analysis as to whether the applicant's return to Albania constituted unusual and underserved or disproportionate hardship was a breach of procedural fairness.

The judicial review of the refusal to defer was not rendered moot by the dismissal of the PRRA judicial review. A live controversy still existed between the parties as there was no guarantee that the Minister of Citizenship and Immigration would grant a temporary stay while the applicant's H&C application was being reconsidered. Although an application for leave and for judicial review of a negative PRRA does not automatically result in a stay, Parliament did not intend for an enforcement officer to deprive an applicant of the very recourse given by Parliament. An enforcement officer is not empowered to opine on decisions already rendered on PRRA or H&C applications with risk elements, or whether an applicant will be successful in an application for leave and for judicial review already filed. *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, which stands for the proposition that only those physically in Canada are entitled to a PRRA, dealt with a dismissal of a stay motion by this Court and not a refusal by an enforcement officer to defer in favour of the judicial process. While *Perez* might be distinguishable, it does not appear that way on its face. Consequently, the enforcement officer erred in law in stating that the applicant would be entitled to return to Canada if successful in his PRRA.

Jugement : les demandes dans les affaires IMM-6522-09 et IMM-1396-10 doivent être accueillies; la demande dans l'affaire IMM-6518-09 doit être rejetée.

La décision de l'agent d'ERAR, qui a refusé l'ERAR, était raisonnable et devrait être maintenue. Bien que le demandeur ait présenté de nouveaux éléments de preuve démontrant qu'il était encore exposé à un risque en Albanie, les renseignements fournis étaient vagues. De même, le demandeur n'avait pas réussi à réfuter la présomption de la protection de l'État au moyen des nouveaux éléments de preuve.

La décision de l'agente CH était déraisonnable. Le récit du demandeur avait toujours été cohérent et tous les décideurs, à l'exception de l'agente CH, l'avaient accepté. Le demandeur aurait dû être informé que l'agente CH voulait plus de précisions. En effet, parce que l'agente CH était préoccupée par la crédibilité du demandeur, elle aurait dû tenir une audience en application de l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour donner au demandeur l'occasion de répondre à ses préoccupations. L'omission de l'agente CH de réaliser une analyse de la question de savoir si le retour du demandeur en Albanie constituait des difficultés inhabituelles et injustifiées était un manquement à l'équité procédurale.

Le contrôle judiciaire du refus de reporter le renvoi n'était pas devenu théorique parce que le contrôle judiciaire de l'ERAR avait été rejeté. Il existait toujours un litige actuel entre les parties puisque rien ne garantissait que le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration accorderait un sursis temporaire pendant le réexamen de la demande CH du demandeur. Bien qu'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision défavorable quant à l'ERAR ne donne pas automatiquement lieu à l'octroi d'un sursis, le législateur n'avait pas l'intention de permettre à un agent d'exécution de priver un demandeur du recours même qu'il lui avait accordé. Un agent d'exécution n'a pas le pouvoir de se prononcer sur des décisions déjà rendues à l'égard de demandes d'ERAR ou CH comportant des éléments de risque ni de se prononcer sur la question de savoir si un demandeur aura gain cause à l'égard d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire déjà déposée. L'arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, qui permet d'affirmer que seules les personnes physiquement présentes au Canada ont droit à un ERAR, visait le rejet d'une requête en sursis par la Cour fédérale, non le refus d'un agent d'exécution de reporter le renvoi en raison du processus judiciaire. Bien qu'il puisse être possible de faire une distinction avec l'arrêt *Perez*, cela ne semble pas le cas à première vue. En conséquence, l'agent d'exécution a commis une erreur de droit en déclarant que si le demandeur obtenait une décision d'ERAR favorable, il aurait le droit de revenir au Canada.

Questions were certified as to whether an enforcement officer has the discretion to defer removal when a foreign national has a negatively determined PRRA, has filed an application for leave and judicial review of that PRRA decision but continues to maintain the same allegation of risk in a request to defer removal, or must a judicial stay based on the PRRA application for leave and for judicial review be sought in Federal Court; and whether the potential mootness of an applicant's PRRA litigation upon removal warrants a deferral of removal pending resolution of the litigation.

Des questions ont été certifiées quant à la question de savoir si un agent d'exécution a le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi lorsqu'un étranger fait l'objet d'une décision d'ERAR défavorable, a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision d'ERAR, mais qu'il continue de faire valoir la même allégation de risque dans une demande de report de renvoi ou si un sursis judiciaire s'appuyant sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'ERAR doit être sollicité auprès de la Cour fédérale et quant à la question de savoir si le caractère potentiellement théorique du litige d'un demandeur visant la décision d'ERAR lors de son renvoi justifie de reporter le renvoi en attendant l'issue de ce même litige.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 25 (as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117), 48, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74, 96, 97, 113.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 167, 233.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 31(2).

CASES CITED

APPLIED:

Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167, 393 N.R. 332; *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365.

DISTINGUISHED:

Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289.

CONSIDERED:

Ferguson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.); *Varela v. Canada (Minister of*

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 31(2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 25 (mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117), 48, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74, 96, 97, 113.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 167, 233.
Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 171; *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ferguson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CF 1067; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL); *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129;

Citizenship and Immigration), 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, 293 N.R. 391; *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274, (1984), 56 N.R. 198 (C.A.); *Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The)*, 2006 FCA 1, [2006] 3 F.C.R. 475, 345 N.R. 61, revd sub nom. *Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade*, 2007 SCC 13, [2007] 1 S.C.R. 588, 278 D.L.R. (4th) 628, 360 N.R. 171; *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, (1980), 46 N.R. 195 (C.A.); *Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 F.C. 406, (1981), 124 D.L.R. (3d) 33, 37 N.R. 396 (C.A.).

REFERRED TO:

Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2010 FC 367, 89 Imm. L.R. (3d) 25; *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (F.C.A.); *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1007, 333 F.T.R. 288, 74 Imm. L.R. (3d) 249; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 177, 321 D.L.R. (4th) 111, 10 Admin. L.R. (5th) 89, 405 N.R. 275; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, 211 Nfld. & P.E.I.R. 50, 210 D.L.R. (4th) 608; *West Region Child and Family Services Inc. v. North*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83; *Shchelkanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 151 (F.C.T.D.); *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 79 Imm. L.R. (3d) 157, 387 N.R. 278; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, [1987] 3 W.W.R. 1; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)*, [2001] 2 F.C. 551, (2000), 198 D.L.R. (4th) 719, 265 N.R. 354 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641, 34 B.L.R. 251.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Protected Persons Manual (PP)*. Chapter PP3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA), online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/pp/pp03-eng.pdf>>.
Denning, Lord. *The Discipline of Law*. London: Butterworths, 1979.

Miller c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 370; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.); *Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le)*, 2006 CAF 1, [2006] 3 R.C.F. 475, inf. par sub nom. *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade*, 2007 CSC 13, [2007] 1 R.C.S. 588; *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211 (C.A.); *Miida Electronics, Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2010 CF 367; *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (C.A.F.); *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1007; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *West Region Child and Family Services Inc. c. North*, 2007 CAF 96; *Shchelkanov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 496 (1^{re} inst.) (QL); *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 261; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)*, [2001] 2 C.F. 551 (C.A.); *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide sur les personnes protégées (PP)*. Chapitre PP3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/pp/pp03-fra.pdf>>.
Denning, Lord. *The Discipline of Law*. Londres : Butterworths, 1979.

APPLICATIONS for judicial review of decisions by immigration officers refusing the applicant's pre-removal risk assessment (PRRA) (IMM-6518-09), permission to apply for permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate grounds (H&C) (IMM-6522-09), and request to defer his removal pending the outcome of the PRRA and H&C applications (IMM-1396-10). Applications in IMM-6522-09 and IMM-1396-10 allowed; application in IMM-6518-09 dismissed.

APPEARANCES

Joel Etienne and Dov Maierovitz for applicant.
John Provart and Nicole Rahaman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Gertler Etienne, LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARRINGTON J.: Zef Shpati almost had it all. He spent the first 25 years of his life interned in a labour camp in Albania. In 1991 he escaped to what was then Yugoslavia. The United Nations High Commissioner for Refugees named him as a person of concern. He was issued travel documents to the United States. He settled in Michigan with his wife and children and became a permanent resident of that country. His parents and brother came to live in the same neighbourhood.

[2] Years later he did a very stupid thing. He used his wife's permanent resident card (green card) to bring his brother's wife into the United States. He was caught out and deported back to Albania in 2005. He promptly turned around and came to Canada where he unsuccessfully applied for refugee status.

DEMANDES de contrôle judiciaire de décisions par lesquelles des agents d'immigration avaient rejeté la demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) du demandeur (dossier IMM-6518-09), sa demande d'autorisation de présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada pour des motifs d'ordre humanitaire (CH) (dossier IMM-6522-09) et sa demande de report de renvoi en attendant l'issue de la demande d'ERAR et de la demande CH (dossier IMM-1396-10). Les demandes dans les affaires IMM-6522-09 et IMM-1396-10 ont été accueillies; la demande dans l'affaire IMM-6518-09 a été rejetée.

ONT COMPARU

Joel Etienne et Dov Maierovitz pour le demandeur.
John Provart et Nicole Rahaman pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gertler Etienne, LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE HARRINGTON : Zef Shpati avait presque tout. Il a passé les 25 premières années de sa vie interné dans un camp de travail en Albanie. En 1991, il s'est évadé vers ce qui était alors la Yougoslavie. Le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a déclaré qu'il était une personne relevant de sa compétence. Il a obtenu des documents de voyage pour se rendre aux États-Unis. Il s'est installé au Michigan avec son épouse et ses enfants et est devenu un résident permanent de ce pays. Ses parents et son frère sont venus vivre dans le même quartier.

[2] Plusieurs années plus tard, il a fait une chose très stupide. Il a utilisé la carte de résident permanent (la carte verte) de son épouse pour faire venir l'épouse de son frère aux États-Unis. Il a été pris en défaut et expulsé en Albanie en 2005. Il a immédiatement fait demi-tour et est venu au Canada où il a présenté sans succès une demande d'asile.

[3] He then sought a pre-removal risk assessment (PRRA) and asked for permission to apply for permanent resident status from within Canada on humanitarian and compassionate grounds (H&C). His requests were denied. At that point he was ready to be removed from Canada. Section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA or Act) requires that such a foreign national leave Canada immediately. If not, the removal order “must be enforced as soon as is reasonably practicable”.

[4] He promptly filed applications in this Court for leave and for judicial review of both decisions. While those applications for leave were pending, an enforcement officer with the Canada Border Services Agency sought to remove him to Albania. Mr. Shpati requested that his removal be deferred pending the outcome of the two applications. The officer refused. This gave rise to a third application to this Court, one for leave and for judicial review of that decision. He also moved this Court for a stay of his removal pending the outcome of the three judicial reviews.

[5] In March of this year, I granted a stay pending the outcome of the application for leave and for judicial review of the decision of the enforcement officer not to defer. I dismissed the motions in the PRRA and H&C applications as they were then moot. My reasons are reported in *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 367, 89 Imm. L.R. (3d) 25.

[6] Thereafter, I granted leave in all three applications. The judicial reviews were heard together.

THE STAY OF REMOVAL

[7] The reasons I granted a stay of removal in the application for leave and for judicial review of the enforcement officer’s decision not to defer are fully set out in my earlier decision. Suffice it to say that the officer’s opinion that if Mr. Shpati succeeded in his PRRA

[3] Il a alors sollicité un examen des risques avant renvoi (ERAR) et demandé l’autorisation de présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada pour des motifs d’ordre humanitaire (CH). Ses demandes ont été rejetées. À ce moment-là, il était prêt à être renvoyé du Canada. Selon l’article 48 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR ou la Loi), un tel étranger est tenu de quitter immédiatement le territoire du Canada. Sinon, la mesure de renvoi « [doit] être appliquée dès que les circonstances le permettent ».

[4] Il a immédiatement déposé à la Cour des demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’encontre des deux décisions. Pendant que ces demandes d’autorisation étaient en instance, un agent d’exécution de l’Agence des services frontaliers du Canada a cherché à le renvoyer en Albanie. M. Shpati a demandé que son renvoi soit reporté jusqu’à l’issue des deux demandes. L’agent a refusé. Ce refus a donné lieu à la présentation d’une troisième demande à la Cour, soit une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’encontre de cette décision. Il a également présenté à la Cour une demande de sursis à la mesure de renvoi jusqu’à l’issue des trois contrôles judiciaires.

[5] En mars de cette année, j’ai accordé un sursis jusqu’à l’issue de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’encontre de la décision de l’agent d’exécution de ne pas reporter le renvoi. J’ai rejeté les requêtes présentées dans le cadre des demandes d’ERAR et CH, puisqu’elles étaient alors théoriques. Mes motifs sont publiés dans la décision *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 367.

[6] Par la suite, j’ai accordé une autorisation à l’égard des trois demandes. Les contrôles judiciaires ont été entendus ensemble.

LE SURSIS À LA MESURE DE RENVOI

[7] Les motifs pour lesquels j’ai accordé un sursis à la mesure de renvoi à l’égard de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’encontre de la décision de l’agent d’exécution de ne pas reporter l’exécution de la mesure sont pleinement énoncés dans ma décision

he would be able to return to Canada raised a serious issue in that it did not take into account the decision of the Federal Court of Appeal in *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167. That case stands for the proposition that only those physically in Canada are entitled to a PRRA. Even if one is removed from Canada involuntarily, the PRRA still becomes moot. The irreparable harm was that the officer assessed the risk Mr. Shpati might face on return to Albania, an assessment which he was not qualified to carry out. It followed that the balance of convenience favoured Mr. Shpati. The inconvenience to the Minister is that if Mr. Shpati is not ultimately successful in either his PRRA or H&C application he will remain for a short time beyond his normal removal date. This hardly compares to risk to Mr. Shpati's life and limb.

LEAVE TO JUDICIALLY REVIEW

[8] One does not have an automatic right to have a decision under IRPA judicially reviewed. Section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the Act provides that leave must first be obtained and, unless the judge otherwise directs, the application shall be disposed of “without delay and in a summary way”. The practice is such that the decision is made without a hearing and without providing reasons, whether the decision be to grant or to deny leave.

[9] Leave is to be given if there is a fairly arguable case, which certainly is a standard less than that of the balance of probabilities. The leading case is that of the Federal Court of Appeal in *Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317. I endeavoured to set out my understanding of the process in *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship*

antérieure. Qu'il me suffise de dire que l'opinion de l'agent, indiquant que, si M. Shpati obtenait une décision d'ERAR favorable, il serait en mesure de revenir au Canada, a soulevé une question sérieuse en ce que l'opinion n'a pas pris en compte l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 171. Cet arrêt permet d'affirmer que seules les personnes physiquement présentes au Canada ont droit à un ERAR. Même si une personne est renvoyée du Canada involontairement, l'ERAR devient quand même théorique. Le préjudice irréparable était que l'agent avait examiné le risque auquel pouvait être exposé M. Shpati s'il retournait en Albanie, un examen qu'il n'avait pas la compétence de réaliser. Il s'en est suivi que la prépondérance des inconvénients favorisait M. Shpati. Pour le ministre, les inconvénients sont que, si M. Shpati ne réussit pas au bout du compte à obtenir une décision favorable à l'égard de sa demande d'ERAR ou à l'égard de sa demande CH, il demeurera au Canada pendant une courte période au-delà de la date de renvoi prévue à l'origine. Cela ne se compare pas avec la menace à la vie de M. Shpati.

L'AUTORISATION DE PRÉSENTER UNE DEMANDE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

[8] Une personne n'a pas automatiquement le droit de demander un contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue en vertu de la LIPR. L'article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la Loi prévoit qu'il faut tout d'abord obtenir une autorisation et, à moins de directives contraires du juge, il est statué sur la demande « à bref délai et selon la procédure sommaire ». La pratique est telle que la décision est rendue sans tenir d'audience et sans fournir de motifs, qu'il s'agisse d'accueillir ou de rejeter la demande d'autorisation.

[9] L'autorisation doit être accordée si la cause est raisonnablement défendable, ce qui est assurément une norme inférieure à celle de la prépondérance des probabilités. L'arrêt clé est celui de la Cour d'appel fédérale dans *Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1990), 47 Admin. L.R. 317. J'ai tenté d'énoncer ma compréhension du processus dans la

and Immigration), 2008 FC 1007, 333 F.T.R. 288.

[10] In order to give an applicant a fair opportunity to make his or her case and the respondent, usually the Minister, a fair opportunity to reply, the *Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules* [SOR/93-22 (as am. by SOR/2005-339, s. 1)] of the Federal Courts set out a schedule for the filing of affidavits and the filing of written memoranda of fact and law. It is noteworthy that unless otherwise directed, affiants are not to be cross-examined before leave is granted.

[11] Once leave is given, the hearing must take place within 90 days. The typical order granting leave, as do the orders in these cases, requires the underlying tribunal to provide copies of its record to the parties and to the Court, contemplates that further affidavits may be filed by both the applicant and the respondent, that affiants may be cross-examined and that the applicant and respondent may file further memoranda of argument.

JUDICIAL REVIEW OF THE PRRA

[12] Mr. Shpati's refugee claim had been dismissed as country conditions had certainly changed in Albania in the 15 years since he had left. His credibility was suspect in that it was thought that he attempted to embellish a land dispute involving his family. It was found that state protection and an internal flight alternative were available.

[13] The tripartite test used to determine whether an interlocutory injunction or a stay of proceedings should be granted has no application in the judicial review of the PRRA decision, and for that matter of the H&C decision and the refusal to grant an administrative deferral. The question is whether the decision maker erred in law or made an unreasonable finding of fact, either or both of which led to an unreasonable decision. In light of the

décision *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1007.

[10] Afin de donner à un demandeur une occasion équitable de faire valoir sa cause et au défendeur, habituellement le ministre, une occasion équitable d'y répondre, les *Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés* [DORS/93-22 (mod. par DORS/2005-339, art. 1)] prévoient des délais pour le dépôt d'affidavits et le dépôt des mémoires écrits des faits et du droit. Il est utile de souligner que, sauf ordonnance contraire, le contre-interrogatoire des auteurs d'affidavits n'est pas permis avant que l'autorisation soit accordée.

[11] Une fois que l'autorisation est accordée, l'audience doit avoir lieu dans les 90 jours. L'ordonnance habituelle qui accorde l'autorisation, à l'instar des ordonnances dans ces cas, demande au tribunal concerné de fournir des copies de son dossier aux parties et à la Cour, indique que le demandeur et le défendeur peuvent tous deux déposer d'autres affidavits, que le contre-interrogatoire des auteurs d'affidavits est permis et que le demandeur et le défendeur peuvent déposer d'autres mémoires d'arguments.

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA DÉCISION D'ERAR

[12] La demande d'asile de M. Shpati a été rejetée, car la situation du pays avait assurément changé en Albanie au cours des 15 années de son absence. Sa crédibilité était douteuse en ce qu'on a cru qu'il tentait d'embellir un différend foncier avec sa famille. On a conclu qu'il pouvait se prévaloir de la protection de l'État et d'une possibilité de refuge intérieur.

[13] Le critère en trois volets utilisé pour se prononcer sur la question de savoir si une injonction interlocutoire ou une suspension de procédure devrait être accordée ne s'applique pas au contrôle judiciaire de la décision d'ERAR, pas plus qu'à celui de la décision CH et au refus d'accorder une suspension administrative. La question est de savoir si le décideur a commis une erreur de droit ou a tiré une conclusion déraisonnable, l'une ou

Supreme Court's holding in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, issues of law are usually assessed on the standard of correctness, while issues of fact and mixed questions of fact and law are assessed on a reasonableness standard. Although some decision makers have been accorded deference in the interpretation of their home or closely related statutes, that has never been the case with respect to those administering IRPA.

[14] The PRRA is limited to new evidence, meaning, in accordance with section 113 of IRPA, evidence that "arose after the rejection or was not reasonably available, or that the applicant could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection." This new evidence must be evidence which gives rise to a well-founded fear of persecution within the meaning of section 96 of IRPA or to a danger of torture or to a risk to life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment in accordance with section 97.

[15] Mr. Shpati, at first glance, arguably presented new evidence in the form of letters that the ousted communists were still powerful and still looking to do him harm. Reference was also made to an assassination.

[16] However, having now had benefit of full argument and the opportunity to reflect, I am satisfied on the balance of probabilities that the officer's decision was reasonable and should stand. The information provided was extremely vague. The officer was justified in giving little weight to the documents and in considering that Mr. Shpati's allegations were speculative. He had not successfully rebutted the presumption of state protection with new evidence.

l'autre ou les deux ayant donné lieu à une décision déraisonnable. Compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, les questions de droit sont habituellement examinées selon la norme de la décision correcte, tandis que les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait sont examinées selon la norme de la raisonabilité. Bien que certains décideurs fassent l'objet de déférence lorsqu'ils interprètent leur loi constitutive ou les lois qui y sont étroitement liées, cela n'a jamais été le cas à l'égard de ceux qui administrent la LIPR.

[14] L'ERAR se limite à la présentation de nouveaux éléments de preuve, c'est-à-dire, conformément à l'article 113 de la LIPR, à des éléments de preuve « survenus depuis le rejet ou qui n'étaient alors pas normalement accessibles ou, s'ils l'étaient, qu'il n'était pas raisonnable, dans les circonstances, de s'attendre à ce qu'il [le demandeur d'asile] les ait présentés au moment du rejet ». Ces nouveaux éléments de preuve doivent être des éléments de preuve qui donnent lieu à une crainte fondée d'être persécuté au sens de l'article 96 de la LIPR ou d'être exposé au risque d'être soumis à la torture, ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités selon l'article 97.

[15] À première vue, il est possible de soutenir que M. Shpati a présenté de nouveaux éléments de preuve sous forme de lettres selon lesquelles les communistes destitués étaient toujours puissants et le recherchaient toujours pour lui causer un préjudice. Un assassinat a aussi été mentionné.

[16] Cependant, ayant été saisi d'arguments complets et eu l'occasion de réfléchir, je suis convaincu que, selon la prépondérance des probabilités, la décision de l'agent était raisonnable et devrait être maintenue. Les renseignements fournis étaient extrêmement vagues. L'agent était justifié d'accorder peu de poids aux documents et d'estimer que les allégations de M. Shpati relevaient de la conjecture. Il n'avait pas réfuté avec succès la présomption de la protection de l'État au moyen des nouveaux éléments de preuve.

JUDICIAL REVIEW OF THE H&C APPLICATION

[17] The normal rule is that a person must apply for a permanent resident visa from outside Canada. However section 25 [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] of IRPA, as it was at the time, provides that the Minister may examine the circumstances of a foreign national who is inadmissible or who does not meet the other requirements of the Act and grant him or her permanent resident status, or an exemption from any other applicable criteria, if of the opinion that such is justified by H&C considerations “taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.”

[18] The decision maker is called upon to balance the applicant’s establishment in Canada against his life in his homeland, coupled with a prediction as to whether an application for permanent resident status from outside Canada, which is the rule, would constitute unusual and undeserved or disproportionate hardship. Even if concerns of persecution and risk do not satisfy sections 96 and 97 of IRPA, they may still be relevant in an H&C application with risk allegations (*Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FCA 177, 321 D.L.R. (4th) 111).

[19] I find the officer’s decision (not the same one who decided the PRRA) to be, in the language of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], “perverse or capricious”.

[20] During the five years Mr. Shpati has been in Canada, and even before that when he attempted to enter Canada as a visitor in 2001, his story has been consistent and accepted by every decision maker other than the H&C officer.

[21] Mr. Shpati’s wife is also Albanian. However she and their three children are now American citizens. His parents, and interestingly enough his brother and smuggled sister-in-law, live near her. Mr. Shpati is the sole support of his wife and children. A river, the Detroit

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA DEMANDE CH

[17] Selon la règle habituelle, une personne doit présenter une demande de visa de résident permanent à l’extérieur du Canada. Cependant, l’article 25 [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] de la LIPR, tel qu’il était libellé, prévoit que le ministre peut étudier le cas d’un étranger qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la Loi et lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des autres critères applicables, s’il estime que des considérations CH le justifient « compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché » ou s’il estime que « l’intérêt public le justifie ».

[18] Le décideur est appelé à apprécier l’établissement du demandeur au regard de sa vie dans son pays d’origine, combiné à une prédiction quant à la question de savoir si une demande de statut de résident permanent depuis l’extérieur du Canada, ce qui est la règle, constituerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Même si des préoccupations en matière de persécution et de risque ne répondent pas aux articles 96 et 97 de la LIPR, elles peuvent être quand même pertinentes dans une demande CH comportant des allégations de risque (*Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CAF 177).

[19] Je conclus que la décision de l’agente (pas le même agent qui s’est prononcé sur la demande d’ERAR) est, selon le libellé de l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], « abusive ou arbitraire ».

[20] Au cours des cinq années pendant lesquelles M. Shpati a été au Canada, et même avant lorsqu’il a tenté d’entrer au Canada en qualité de visiteur en 2001, son récit a été cohérent et tous les décideurs, à l’exception de l’agente CH, l’ont accepté.

[21] L’épouse de M. Shpati est également albanaise. Cependant, elle est maintenant une citoyenne des États-Unis, de même que leurs trois enfants. Les parents de M. Shpati et, fait intéressant, son frère et sa belle-sœur qui est là clandestinement, résident près de chez l’épouse

River, runs through their lives. They live 30 kilometres apart. The family comes over from Canton Township, Michigan, on weekends and holidays and stays with him in Windsor. He is constantly in communication with them. Indeed, the telephone bill produced suggests two telephone calls a day.

[22] The officer found that he had not submitted documentation to support the proposition that he had been a permanent resident of the United States. However, a copy of his permanent resident card was already on file. She also concluded that there was no evidence that his wife and children were even permanent residents of the United States, much less citizens, and that there was no evidence that his family had visited him in Canada on a regular basis. She was not satisfied that relocating and resettling back in Albania would have a significant negative impact on the children or the family as a whole that would amount to unusual and undeserved or disproportionate hardship.

[23] A number of statements as to Mr. Shpati's situation are to be found in lawyers' letters going back to 2006. It has been held in *Ferguson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306, that there are instances in which statements from counsel may be considered as evidence. In this case in addition to statements from counsel there were others of more recent vintage from an immigration consultant. Given that Mr. Shpati's family situation had always been accepted without question, he should have been informed that the officer wanted more particulars. There is no pleasing some people, and what satisfies some may not satisfy others. Previous acceptance of his story led Mr. Shpati's advisors to naturally assume it would be accepted again. This is not a case of insufficient evidence. This is a case of credibility. Indeed, if the officer was concerned with Mr. Shpati's credibility, she should have conducted a hearing as prescribed under section 167 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* [SOR/2002-227].

de M. Shpati. M. Shpati est le seul pourvoyeur pour son épouse et ses enfants. Une rivière, la rivière Detroit, traverse leur vie. Ils vivent à une distance de 30 kilomètres les uns de l'autre. La famille se déplace de Canton Township, au Michigan, les fins de semaines et les jours fériés et habite avec lui à Windsor. Il est en communication constante avec les membres de sa famille. En effet, la facture de téléphone produite indique deux appels téléphoniques par jour.

[22] L'agente a conclu qu'il n'avait pas présenté de documents à l'appui de la proposition selon laquelle il avait été un résident permanent des États-Unis. Cependant, une copie de sa carte de résident permanent était déjà versée au dossier. Elle a également conclu qu'aucun élément de preuve n'indiquait que son épouse et ses enfants étaient des résidents permanents des États-Unis et encore moins des citoyens et qu'aucun élément de preuve ne montrait que sa famille lui avait régulièrement rendu visite au Canada. L'agente n'était pas convaincue que sa réinstallation en Albanie aurait une incidence défavorable importante sur les enfants ou la famille dans son ensemble qui constituerait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[23] Des lettres des avocats remontant à 2006 contiennent plusieurs déclarations concernant la situation de M. Shpati. La décision *Ferguson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1067, a statué qu'il y avait des cas dans lesquels les déclarations d'avocats peuvent être considérées comme des éléments de preuve. En l'espèce, outre les déclarations des avocats, il y en avait d'autres, plus récentes, de la part d'un consultant en immigration. Étant donné que la situation familiale de M. Shpati avait toujours été acceptée sans susciter de questions, il aurait dû être informé que l'agente voulait plus de précisions. Certaines personnes ne sont jamais satisfaites, et ce qui peut satisfaire certaines personnes peut ne pas en satisfaire d'autres. L'acceptation antérieure de son récit a fait que les conseillers de M. Shpati ont tout naturellement supposé qu'il serait accepté à nouveau. Il ne s'agit pas ici d'un cas d'insuffisance de preuve. Il s'agit d'une affaire de crédibilité. En effet, si l'agente était préoccupée par la crédibilité de M. Shpati, elle aurait dû tenir une

[24] Given how important this decision was to Mr. Shpati, and to his wife and children, and considering the public policy of family reunification, it was completely inappropriate for the officer to choose not to believe. If she had concerns, natural justice dictates that she should have expressed them and given him an opportunity to address them. Mr. Shpati currently has a good job in Windsor. No analysis was done of the employment situation in Albania, the gross domestic product of that country as compared to Canada and the extent to which, while living in Albania, he would be able to support his family.

[25] If the officer doubted that Mr. Shpati's wife was also a Convention refugee reluctant to return to Albania, that doubt should have been raised, so it could have been answered.

[26] The officer does not even suggest that an application by Mr. Shpati from outside Canada for permanent residence would be successful. At present, we have a situation comparable to many who commute between their work and their home on a weekly basis. This banishment to Albania certainly did not have the best interests of the children in mind.

[27] Childhood does not last forever. In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, Madam Justice L'Heureux-Dubé noted, at paragraph 15 that H&C decisions affect the future of individuals' lives in a fundamental manner even if only separated from one parent. She added, at paragraph 66, that Parliament placed high value on keeping families together. The river that runs through the Shpatis' lives means that their situation is far from perfect, but it is far better than the alternative. I find the decision unreasonable.

audience comme le prescrit l'article 167 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227].

[24] Compte tenu de l'importance de cette décision pour M. Shpati, ainsi que pour son épouse et ses enfants, et compte tenu de l'intérêt public en ce qui a trait à la réunification des familles, il était tout à fait inapproprié que l'agente choisisse de ne pas croire M. Shpati. Si elle avait des préoccupations, la justice naturelle commandait qu'elle dût les exprimer et lui donner une occasion d'y répondre. M. Shpati occupe en ce moment un bon emploi à Windsor. Il n'y a eu aucune analyse de la situation des emplois en Albanie, du produit intérieur brut de ce pays en comparaison de celui du Canada et de la mesure dans laquelle il serait en mesure de subvenir aux besoins de sa famille tout en vivant en Albanie.

[25] Si l'agente doutait que l'épouse de M. Shpati fût également réfugiée au sens de la Convention et qu'il fût réticent à retourner en Albanie, ce doute aurait dû être soulevé afin de pouvoir y répondre.

[26] L'agente n'indique même pas que, si M. Shpati présentait une demande de résidence permanente depuis l'extérieur du Canada, il obtiendrait une décision favorable. À l'heure actuelle, nous sommes en présence d'une situation comparable à celle où plusieurs personnes font le trajet entre leur travail et leur résidence sur une base hebdomadaire. Ce bannissement vers l'Albanie ne tenait certainement pas compte de l'intérêt supérieur des enfants.

[27] L'enfance n'est pas éternelle. Dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, la juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer au paragraphe 15 que les décisions CH avaient des conséquences capitales sur l'avenir des personnes même si elles sont séparées d'un seul parent seulement. Au paragraphe 66, elle a ajouté que le législateur considérait qu'il était important que les familles demeurent unies. La rivière qui traverse la vie des Shpatis signifie que leur situation est loin d'être parfaite, mais elle vaut beaucoup mieux que celle qui est préconisée. Je conclus que la décision est déraisonnable.

[28] Although I have primarily focused on Mr. Shpati's situation in Canada, with his dependent wife and children near by, but able to visit him regularly, the officer also listed Mr. Shpati's concerns that he would suffer great emotional and psychological hardship if required to return to Albania. She simply concluded that given his employment record he would be able to re-establish himself in Albania. The fact is that he was never established in Albania. There was absolutely no analysis done as to whether a return to a country from which he escaped because he had lived his entire life there in a labour camp constituted unusual and underserved or disproportionate hardship. No consideration was given of the impact of returning to a place where he changed his name to hide his Catholic identity. A statement of fact coupled with a conclusion, but without an analysis, does not constitute reasons and is in breach of procedural fairness (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, and *West Region Child and Family Services Inc. v. North*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83).

THE JUDICIAL REVIEW OF THE REFUSAL TO DEFER

[29] The concern I had that Mr. Shpati was about to be sent by an officer, who had no training in these matters, to a place where he might suffer irreparable harm has now been dissipated. Had the officer deferred to the judicial process, Mr. Shpati would be in exactly the same position in which he presently finds himself. The judicial review of his PRRA was dismissed. The judicial review of the H&C decision has been granted. The interlocutory stay I granted has now been spent. He is entitled to a redetermination of his application for permanent residence from within Canada.

[30] An H&C application does not automatically give rise to an administrative stay pending the outcome of what, in this case, will be a *de novo* review. The Canada Border Services Agency could, notwithstanding that judicial review has been granted, again take the position

[28] Bien que j'aie principalement mis l'accent sur la situation de M. Shpati au Canada, avec son épouse et ses enfants à charge tout près, mais en mesure de lui rendre visite régulièrement, l'agente a également mentionné les préoccupations de M. Shpati selon lesquelles il subirait de grandes difficultés émotionnelles et psychologiques s'il était tenu de retourner en Albanie. Elle a simplement conclu que, compte tenu de ses antécédents en matière d'emploi, il serait en mesure de se réinstaller en Albanie. Le fait est qu'il ne s'est jamais établi en Albanie. Il n'y avait absolument aucune analyse de la question de savoir si le retour dans un pays d'où il s'est évadé, parce qu'il avait vécu toute sa vie dans un camp de travail, constituait des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives. Les répercussions de retourner à un endroit où il a changé de nom pour cacher son identité catholique n'ont aucunement été prises en compte. Un énoncé de fait combiné à une conclusion, mais sans analyse, ne constitue pas des motifs et est un manquement à l'équité procédurale (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, et *West Region Child and Family Services Inc. c. North*, 2007 CAF 96).

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DU REFUS DE REPORTER LE RENVOI

[29] Le souci que j'avais que M. Shpati était sur le point d'être envoyé par un agent qui n'avait aucune formation à l'égard de ces questions, à un endroit où il pourrait subir un préjudice irréparable est maintenant dissipé. Si l'agent s'en était remis au processus judiciaire, M. Shpati se trouverait exactement dans la même situation que celle dans laquelle il est à l'heure actuelle. Le contrôle judiciaire de son ERAR a été rejeté. Le contrôle judiciaire de la décision CH a été accueilli. Le sursis interlocutoire que j'ai accordé est maintenant terminé. Il a le droit à une nouvelle décision au sujet de sa demande de résidence permanente présentée depuis le Canada.

[30] Une demande CH ne donne pas automatiquement lieu à une suspension administrative en attendant l'issue de ce qui sera, en l'espèce, un examen *de novo*. L'Agence des services frontaliers du Canada pourrait, nonobstant le fait que le contrôle judiciaire a été accordé, adopter de

it is “reasonably practicable” within the meaning of section 48 of IRPA to remove Mr. Shpati now. Should Mr. Shpati be ultimately successful in the reconsideration of his H&C application, even if removed now, he would, as the jurisprudence presently stands, be permitted to return (*Shchelkanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 76 F.T.R. 151 (F.C.T.D.), and *Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 261).

[31] The question which naturally arises is whether this particular judicial review has now become moot in light of the fact that the judicial review of the PRRA has been dismissed. Certainly there is no point to the usual remedy of sending the matter back to another enforcement officer for a fresh determination. However it does not follow that the judicial review itself has become moot. One of the remedies open to the Court under section 18.1 of the *Federal Courts Act* is to declare a decision, order, act or proceeding to be invalid, and to set it aside, without ordering more. There is still a live controversy between the parties. Mr. Shpati is still removal-ready but wishes to remain in Canada pending his H&C redetermination (*Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311).

[32] My concern with respect to the PRRA was that, as I understand it, the effect of the decision of the Federal Court of Appeal in *Perez*, above, is such that if removed Mr. Shpati loses any right he would have had to return, unless the Court decides to hear a matter which has become moot. Although it is open to the Minister to grant a temporary stay while an H&C application is being considered, there is no indication as yet that that will be done while Mr. Shpati’s case is being reconsidered (*Immigration and Refugee Protection Regulations*, section 233).

[33] Faced with a motion for a stay presented on an urgent basis, a motions judge rarely has an opportunity to consider the merits of the case in a meaningful way, particularly when it comes to disputed issues of fact.

nouveau la position selon laquelle « les circonstances [...] permettent », au sens de l’article 48 de la LIPR, de renvoyer M. Shpati maintenant. Si, au bout du compte, M. Shpati avait gain de cause dans le réexamen de sa demande CH, même s’il était renvoyé maintenant, il serait autorisé, comme le prévoit la jurisprudence actuelle, à revenir au Canada (*Shchelkanov c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 496 (1^{re} inst.) (QL), et *Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2004 CAF 261).

[31] La question qui se soulève naturellement est de savoir si ce contrôle judiciaire particulier est maintenant devenu théorique, compte tenu du fait que le contrôle judiciaire de l’ERAR a été rejeté. Il est assurément inutile de recourir à la mesure de redressement habituelle consistant à renvoyer l’affaire à un autre agent pour nouvelle décision. Il ne s’ensuit toutefois pas que le contrôle judiciaire lui-même est devenu théorique. Selon l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, une des mesures que peut prononcer la Cour est de déclarer nul ou d’infirmier toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte, sans prononcer une autre ordonnance. Il existe toujours un litige actuel entre les parties. M. Shpati est toujours en état d’être renvoyé, mais il désire demeurer au Canada en attendant la nouvelle décision quant à sa demande CH (*Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311).

[32] Ma préoccupation en ce qui concerne l’ERAR était que, comme je le comprends, l’effet de l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans *Perez*, précité, est tel que, si M. Shpati est renvoyé, il perd tout droit qu’il pourrait avoir de revenir, à moins que la Cour ne décide d’entendre une affaire qui est devenue théorique. Bien qu’il soit loisible au ministre d’accorder un sursis temporaire pendant l’examen de la demande CH, il n’y a à ce moment-ci aucune indication que ce sera le cas pendant que l’affaire de M. Shpati fera l’objet d’un réexamen (*Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, article 233).

[33] En présence d’une requête en sursis présentée de façon urgente, le juge des requêtes a rarement l’occasion d’examiner le bien-fondé d’une affaire de façon significative, particulièrement en ce qui a trait à des questions

The Supreme Court does not expect a motions judge to be in position to make such crucial findings (*Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, and *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311). Furthermore, the file at the time the motion is heard is incomplete. I am guided by the decision of Mr. Justice Pelletier in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, where he said, at paragraph 45:

The order whose deferral is in issue is a mandatory order which the Minister is bound by law to execute. The exercise of deferral requires justification for failing to obey a positive obligation imposed by statute. That justification must be found in the statute or in some other legal obligation imposed on the Minister which is of sufficient importance to relieve the Minister from compliance with section 48 of the Act. In considering the duty imposed and duty to comply with section 48, the availability of an alternate remedy, such as a right of return, should weigh heavily in the balance against deferral since it points to a means by which the applicant can be made whole without the necessity of non-compliance with a statutory obligation. For that reason, I would be inclined to the view that, absent special considerations, an H & C application which is not based upon a threat to personal safety would not justify deferral because there is a remedy other than failing to comply with a positive statutory obligation. [My emphasis.]

[34] In this case, unlike *Wang*, Mr. Shpati's H&C application also raised a threat to personal safety. Although it was determined in his refugee claim and in his PRRA that he did not have a well-founded fear of persecution and was not a person in need of Canada's protection because of a danger of torture, a risk to life or a risk of cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of sections 96 and 97 of IRPA, the same elements may well constitute unusual and undeserved or disproportionate hardship.

[35] This case also differs from *Wang* in that in *Wang* the request to the enforcement officer was to defer until the H&C decision was rendered. This naturally brought forth the requirement that the Judge considering the

de fait contestées. La Cour suprême ne s'attend pas à ce que le juge des requêtes soit dans une position de tirer des conclusions aussi capitales (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311). De plus, au moment où la requête est entendue, le dossier est incomplet. Je me réfère à la décision du juge Pelletier dans *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, dans laquelle il a déclaré ce qui suit au paragraphe 45 :

En l'instance, la mesure dont on demande de différer l'exécution est une mesure que le ministre a l'obligation d'exécuter selon la Loi. La décision de différer l'exécution doit donc comporter une justification pour ne pas se conformer à une obligation positive imposée par la Loi. Cette justification doit se trouver dans la Loi, ou dans une autre obligation juridique que le ministre doit respecter et qui est suffisamment importante pour l'autoriser à ne pas respecter l'article 48 de la Loi. Vu l'obligation qui est imposée par l'article 48, ainsi que l'obligation de s'y conformer, il y a lieu de faire grand état à l'encontre de l'octroi d'un report de la disponibilité d'une réparation autre, comme le droit de retour, puisqu'on trouve là une façon de protéger le demandeur sans avoir recours au non-respect d'une obligation imposée par la Loi. Pour ce motif, je serais plutôt d'avis qu'en l'absence de considérations particulières, une demande invoquant des motifs d'ordre humanitaire qui n'est pas fondée sur des menaces à la sécurité d'une personne ne peut justifier un report, parce qu'il existe une réparation autre que celle qui consiste à ne pas respecter une obligation imposée par la Loi. [Non souligné dans l'original.]

[34] En l'espèce, contrairement à la décision *Wang*, la demande CH de M. Shpati a également soulevé une menace à la sécurité de la personne. Bien qu'il ait été conclu dans sa demande d'asile et dans son ERAR qu'il n'était pas fondé de craindre d'être persécuté et qu'il n'était pas une personne à protéger du fait qu'il était exposé au risque d'être soumis à la torture, ou à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités au sens des articles 96 et 97 de la LIPR, les mêmes éléments peuvent très bien constituer des difficultés inhabituelles et injustifiées ou excessives.

[35] La présente affaire est également différente de la décision *Wang* en ce que, dans cette affaire, la demande présentée à l'agent d'exécution était de différer le renvoi jusqu'à ce que la décision CH soit rendue. Cela

motion for the stay take a close look at the merits since the interlocutory motion, if granted, would in effect decide the merits of the matter. In this case the PRRA and H&C have already been decided. Thus the request was for a much shorter deferral—just until such time as the application for leave was decided, and if given, just until the judicial review was decided.

[36] In the circumstances, I do not consider the matter moot. The implications of *Perez*, above, have given rise to considerable concern and to uneven treatment of stay motions. Stays have been granted based on the implications of *Perez*. Stays have been refused as *Shpati* has been distinguished on its facts. Stays have been refused with no reference whatsoever to *Perez* or to *Shpati*.

[37] Stays based on concerns similar to those I expressed in *Shpati* were granted by Mr. Justice Phelan in *Dhurmu v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-1610-10, and in *Dhurmu v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, IMM-1759-10. Mr. Justice Hughes did likewise in *Gjokaj v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-1726-10, and *Gjokaj v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, IMM-2002-10.

[38] *Shpati* was distinguished by Mr. Justice Mosley in *Sansores v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-2532-10, on the grounds that the enforcement officer did not attempt to assess risk (which, as I held at paragraph 43 of *Shpati*, was clearly outside the discretion provided by section 48 of IRPA). Mr. Justice de Montigny also refused to grant a stay in *Cui v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-4159-10, and in *Cui v. Minister of Public Safety and Emergency Preparedness*, IMM-4206-10. He pointed out that *Shpati* was circumscribed by the particular facts underlying it.

[39] In *Therqaj v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-3598-10, Mr. Justice Zinn referred to

a naturellement exigé que le juge qui entendait la requête en sursis examine attentivement le bien-fondé puisque, si la requête interlocutoire était accueillie, elle trancherait dans les faits sur le fond de l'affaire. En l'espèce, les décisions d'ERAR et CH ont déjà été rendues. Ainsi, la demande concerne un délai de report beaucoup plus court, soit jusqu'à ce que la demande d'autorisation soit tranchée, et si elle est accueillie, jusqu'à ce que le contrôle judiciaire soit tranché.

[36] Dans les circonstances, j'estime que la question n'est pas théorique. Les conséquences de l'arrêt *Perez*, précité, ont soulevé de graves préoccupations et donné lieu à un traitement inégal des requêtes en sursis. Des sursis ont été accordés en s'appuyant sur les conséquences de l'arrêt *Perez*. Des sursis ont été refusés, car la décision *Shpati* se distinguait selon les faits. Des sursis ont été refusés sans aucune mention de l'arrêt *Perez* ou de la décision *Shpati*.

[37] Dans la décision *Dhurmu c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-1610-10, et dans la décision *Dhurmu c. Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, IMM-1759-10, le juge Phelan a accordé des sursis fondés sur des préoccupations semblables à celles que j'ai exprimées dans la décision *Shpati*. Le juge Hughes a fait de même dans *Gjokaj c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-1726-10, et dans *Gjokaj c. Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, IMM-2002-10.

[38] Le juge Mosley a fait une distinction d'avec la décision *Shpati* dans *Sansores c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-2532-10, au motif que l'agent d'exécution n'avait pas tenté d'apprécier les risques (ce qui, comme je l'ai statué au paragraphe 43 de la décision *Shpati*, était nettement au-delà du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 48 de la LIPR). Le juge de Montigny a également refusé d'accorder un sursis dans *Cui c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-4159-10, et dans *Cui c. Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile*, IMM-4206-10. Il a souligné que la décision *Shpati* était circonscrite par les faits particuliers qui sous-tendaient cette affaire.

[39] Dans *Therqaj c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, IMM-3598-10, le juge Zinn a mentionné

Shpati but did not accept that the moot judicial review application of a negative PRRA decision automatically results in irreparable harm.

[40] Finally in *Karthikeyan v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-1602-10, and in *Idyamat v. Minister of Citizenship and Immigration*, IMM-2740-10, Justices Crampton and Boivin dismissed motions for stays. The speaking orders do not indicate one way or another whether they were referred to *Perez* and to *Shpati*.

[41] It seems to me that this Court, counsel and those who administer IRPA would benefit from the wisdom of the Federal Court of Appeal in these matters.

[42] Building on what I said earlier in the first *Shpati*, both parties took issue with paragraph 45 thereof which reads:

Although an application for leave and for judicial review of a negative PRRA does not automatically result in a stay, I find it difficult to accept that Parliament intended that it was “reasonably practicable,” for an enforcement officer, who is not trained in these matters, to deprive an applicant of the very recourse Parliament had given him.

I remain strongly of that view, but emphasize that *Perez* did not deal with a refusal by an enforcement officer to defer. *Perez* dealt with a decision of this Court not to grant a stay.

[43] Mr. Shpati suggests, based on *Wang*, above, and *Baron*, above, that the enforcement officer has to consider if the underlying applications for judicial review of negative PRRA and H&C decisions, with risk allegations, were made in good faith, and in a timely fashion. If so, an administrative deferral should be granted as the decision whether or not to grant leave would come down in the next few months. The Minister notes, however, and rightly in my view, that a timely application for leave and for judicial review when a person is already removal-ready does not automatically result in a stay.

la décision *Shpati*, mais n’a pas reconnu que la demande de contrôle judiciaire théorique d’une décision d’ERAR défavorable entraînait automatiquement un préjudice irréparable.

[40] Finalement, dans *Karthikeyan c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*, IMM-1602-10, et dans *Idyamat c. Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration*, IMM-2740-10, les juges Crampton et Boivin ont rejeté les requêtes en sursis. Les ordonnances motivées n’indiquent aucunement s’ils se sont reportés à l’arrêt *Perez* et à la décision *Shpati*.

[41] Il me semble que la Cour, les avocats et ceux qui administrent la LIPR tireraient avantage de la sagesse de la Cour d’appel fédérale dans ces affaires.

[42] S’appuyant sur ce que j’ai dit dans la première décision *Shpati*, les deux parties se sont élevées contre le paragraphe 45 qui est rédigé comme suit :

Bien qu’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’égard d’une décision défavorable quant à l’ERAR ne donne pas automatiquement lieu à l’octroi d’un sursis, j’estime difficile d’admettre que le législateur ait entendu que « dès que les circonstances le permettent », un agent d’exécution, qui n’a pas acquis une formation en la matière, puisse priver un demandeur du recours même qu’il lui avait accordé.

Je demeure fortement de cet avis, mais j’insiste sur le fait que l’arrêt *Perez* ne visait pas le refus d’un agent d’exécution de différer le renvoi. L’arrêt *Perez* concernait une décision de la Cour de ne pas accorder un sursis.

[43] S’appuyant sur la décision *Wang*, précitée, et sur l’arrêt *Baron*, précité, M. Shpati indique que l’agent d’exécution est tenu de vérifier si les demandes sous-jacentes de contrôle judiciaire à l’encontre de décisions d’ERAR et CH défavorables, comportant des allégations de risque, ont été présentées de bonne foi et en temps opportun. Si c’est le cas, une suspension administrative devrait être accordée, puisque la décision concernant la question de savoir si une autorisation sera accordée ou non sera rendue au cours des prochains mois. Le ministre souligne cependant, à juste titre à mon avis, qu’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire en temps opportun lorsqu’une personne est déjà en état d’être renvoyée n’entraîne pas automatiquement une suspension.

[44] Both parties point out, however, that circumstances could change after a negative PRRA, or a negative H&C decision, which might give rise to fresh administrative applications. In such instances the H&C and PRRA officers seized of these new applications would not be in position to make a quick decision before the scheduled removal and so there would be no underlying decision upon which a stay of removal could be granted or refused by this Court; unless the enforcement officer was asked to defer the removal and refused. I agree with that proposition and believe I covered it in paragraph 47 of my earlier reasons. Certainly it is well established that the officer has discretion under section 48 of IRPA to time removals by taking into consideration fitness to travel, the end of a school year, refund of a rental deposit, medical issues and whether an H&C decision should have already been rendered save for bureaucratic delays.

[45] What I do say however is that an enforcement officer has not been empowered to opine on decisions already rendered on PRRA or H&C applications with risk elements. Nor is he or she in a position to opine whether an applicant will be successful in an application for leave and for judicial review already filed. I accept that the officer has jurisdiction to defer removal on the basis that a decision will soon be rendered by the Court. However it is also open to the officer to refuse, leaving it to the applicant to seek a stay from a Judge of this Court.

[46] As mentioned in my earlier decision in *Shpati*, it may be that in *Perez* the Federal Court of Appeal was limiting itself to the case before it, which was a dismissal of a stay motion by a Judge of this Court, not a refusal by an enforcement officer to defer in favour of the judicial process.

[47] Notwithstanding that *Perez* might be distinguishable, it does not appear that way on its face. Consequently, judicial review should be granted as the enforcement officer erred in law in stating that if

[44] Les deux parties soulignent toutefois que la situation pourrait changer après un ERAR défavorable, ou une décision CH défavorable, ce qui pourrait donner lieu à de nouvelles demandes administratives. Dans de tels cas, les agents CH et d'ERAR saisis de ces nouvelles demandes ne seraient pas en mesure de prendre une décision rapide avant le renvoi prévu, et ainsi, il n'y aurait pas de décision sous-jacente en fonction de laquelle un sursis à la mesure de renvoi pourrait être accordé ou refusé par la Cour, à moins qu'une demande de report n'ait été présentée à l'agent d'exécution et qu'il l'ait rejetée. Je suis d'accord avec cette proposition et je crois l'avoir mentionnée au paragraphe 47 de mes motifs antérieurs. Il est certainement bien établi que l'agent dispose du pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 48 de la LIPR de fixer le moment d'un renvoi en tenant compte de l'aptitude à voyager, de la fin de l'année scolaire, du remboursement d'un dépôt de location, de questions médicales et de la question de savoir si une décision CH aurait dû déjà être rendue, mis à part les retards bureaucratiques.

[45] Ce que je dis toutefois, c'est qu'un agent d'exécution n'a pas reçu le pouvoir de se prononcer sur des décisions déjà rendues à l'égard de demandes d'ERAR ou CH comportant des éléments de risque. Pas plus qu'il n'est en mesure de se prononcer sur la question de savoir si un demandeur aura gain de cause à l'égard d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire déjà déposée. Je reconnais que l'agent est compétent pour reporter un renvoi au motif que la Cour rendra une décision sous peu. Il est toutefois également loisible à l'agent de refuser, laissant au demandeur le soin de solliciter un sursis à un juge de la Cour.

[46] Comme je l'ai déjà mentionné dans ma décision antérieure dans *Shpati*, il se peut que, dans l'arrêt *Perez*, la Cour d'appel fédérale se soit confinée à l'affaire dont elle était saisie, soit le rejet d'une requête en sursis par un juge de la Cour fédérale, non le refus d'un agent d'exécution de reporter le renvoi en raison du processus judiciaire.

[47] Sans égard au fait qu'il pourrait être possible de faire une distinction avec l'arrêt *Perez*, cela ne me semble pas le cas à première vue. En conséquence, le contrôle judiciaire devrait être accueilli, puisque l'agent

successful in his PRRA, Mr. Shpati would be entitled to return to Canada. The remedy, however, since he is entitled to a new H&C, is simply a declaration to that effect—no more.

d'exécution a commis une erreur de droit en déclarant que, si M. Shpati obtenait une décision d'ERAR favorable, il aurait le droit de revenir au Canada. Toutefois, la mesure de redressement, puisqu'il a droit à une nouvelle décision CH, est simplement une déclaration à cette fin, sans plus.

CERTIFIED QUESTIONS

LES QUESTIONS CERTIFIÉES

[48] At the close of the hearing, I stated that I was inclined to dismiss the PRRA, and to grant the H&C. The only indication I gave with respect to the decision not to defer was my concern that there may be an element of mootness involved. The parties were invited to frame questions for certification accordingly.

[48] À la fin de l'audience, j'ai déclaré que j'étais enclin à rejeter le contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'ERAR et à accueillir celui à l'encontre de la décision CH. La seule indication que j'ai donnée à l'égard de la décision de ne pas reporter le renvoi était ma préoccupation selon laquelle il pouvait y avoir un aspect théorique. Les parties ont été invitées à formuler des questions à certifier en conséquence.

[49] Neither party proposed a question in IMM-6522-09, the H&C decision. None shall be certified.

[49] Aucune partie n'a proposé de question dans le dossier IMM-6522-09, la décision CH. Aucune ne sera certifiée.

[50] In IMM-6518-09, the PRRA decision, Mr. Shpati proposed two questions. The first one is:

[50] Dans le dossier IMM-6518-09, la décision d'ERAR, M. Shpati a proposé deux questions. La première est formulée comme suit :

Where the newly acquired documents corroborate, validate or clarify an alleged risk that was advanced previously at their refugee hearing, must the PRRA officer consider this evidence “new” for the purposes of a PRRA analysis?

[TRADUCTION] Lorsque les documents nouvellement obtenus corroborent, confirment ou clarifient un risque allégué qui a été présenté auparavant lors de l'audience concernant la demande d'asile, l'agent d'ERAR est-il tenu de considérer ces éléments de preuve comme étant « nouveaux » aux fins de l'analyse d'ERAR?

[51] The second more properly relates to the role of the enforcement officer and will be considered in that context.

[51] La deuxième question se rapporte plutôt au rôle de l'agent d'exécution et sera examinée dans ce contexte.

[52] In my opinion, the “new” evidence proffered by Mr. Shpati was not, for the reasons stated, “new” evidence at all and would not support a successful appeal. I decline to certify.

[52] À mon avis, les « nouveaux » éléments de preuve présentés par M. Shpati n'étaient pas, pour les motifs énoncés, du tout des « nouveaux » éléments de preuve et ils n'étaient pas l'accueil d'un appel. Je refuse de la certifier.

[53] With respect to IMM-1396-10, the refusal to defer removal by the enforcement officer, there are three proposed questions, one by Mr. Shpati and two by the Minister.

[53] En ce qui a trait au dossier IMM-1396-10, le refus de l'agent d'exécution de reporter le renvoi, trois questions sont proposées, une par M. Shpati et deux par le ministre.

[54] Mr. Shpati's second question is this:

Where an applicant has pending PRRA litigation before the Court, does this pending litigation require that he be allowed to remain in Canada until its conclusion in view of section 72 of the IRPA, subsection 31(2) of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 and the respondent's Manual PP3 [Citizenship and Immigration Canada. *Protected Persons Manual (PP)*. Chapter PP3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA)], without the necessity to seek an application for a stay of removal?

[55] The Minister proposed two questions in the alternative:

When a foreign national has a negatively determined PRRA, has filed an application for leave and judicial review of that PRRA decision, but continues to maintain the same allegation of risk in a request to defer removal, does an enforcement officer have the discretion to defer removal on that basis alone or must a judicial stay based on the PRRA application for leave and for judicial review be sought in Federal Court?

and:

Does the potential mootness of an applicant's PRRA litigation upon removal warrant a deferral of removal pending resolution of this same litigation?

[56] My decision is final, without an appeal to the Federal Court of Appeal unless in accordance with section 74 of IRPA, I certify that a serious question of general importance is involved.

[57] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage* (1994), 176 N.R. 4, the Federal Court of Appeal was of the view that:

a. The question must be one that transcends the interests of the parties to the litigation and contemplates broad significance or general application;

[54] La deuxième question de M. Shpati est rédigée comme suit :

[TRADUCTION] Lorsqu'un demandeur a devant la Cour un litige en instance concernant un ERAR, ce litige en instance exige-t-il qu'il soit autorisé à demeurer au Canada jusqu'à sa conclusion, compte tenu de l'article 72 de la LIPR, du paragraphe 31(2) de la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, et du Guide PP3 du défendeur [Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide sur les personnes protégées (PP)*. Chapitre PP3 : Examen des risques avant renvoi], sans qu'il soit nécessaire de présenter une demande de sursis à la mesure de renvoi?

[55] Le ministre a proposé deux questions à titre subsidiaire :

[TRADUCTION] Lorsqu'un étranger fait l'objet d'une décision d'ERAR défavorable, a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision d'ERAR, mais qu'il continue de faire valoir la même allégation de risque dans une demande de report de renvoi, un agent d'exécution a-t-il le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi selon ce seul motif ou un sursis judiciaire s'appuyant sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'ERAR devrait-il être sollicité auprès de la Cour fédérale?

et :

[TRADUCTION] Le caractère potentiellement théorique du litige d'un demandeur visant la décision d'ERAR lors de son renvoi justifie-t-il de reporter le renvoi en attendant l'issue de ce même litige?

[56] Ma décision est définitive, sans appel à la Cour d'appel fédérale, à moins que, conformément à l'article 74 de la LIPR, je certifie qu'il existe une question grave de portée générale.

[57] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage*, [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL), la Cour d'appel fédérale était d'avis que :

a. la question doit transcender les intérêts des parties au litige et aborder des éléments ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale;

b. The question must be dispositive of the appeal;

c. The certification process is not to be equated with declaratory judgments of questions that need not be decided in order to dispose of the case, or be equated with the reference process.

[58] In *Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, the Federal Court of Appeal added that if the Judge in first instance decided that an issue need not be dealt with, such issue would not be an appropriate question for certification.

[59] More recently in *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, Mr. Justice Pelletier speaking for the Federal Court of Appeal added that a serious question of general importance must arise from the issues in the case and not from the Judge's reasons.

[60] In *Varela*, above, I certified a number of questions. I certified them notwithstanding I was comfortable with my own reasons. Would it have made a difference if I had expressed doubt? Lord Denning in his *The Discipline of Law*, London: Butterworths, 1979, quoted [at page 7] Sir George Jessel as saying "I may be wrong and sometimes am, but I am never in doubt." The issue is not how strongly the views of the Judge in first instance are held, but rather whether he or she is open enough to realize that there may be another point of view.

[61] Nevertheless, guided by *Zazai* I did not even deal with the *Interpretation Act* and so will not certify a question related thereto.

[62] The thrust of Mr. Shpati's other question is that *Perez* was wrongly decided. As the Minister is the only possible appellant, that issue would not be dispositive of the appeal as per *Liyanagamage*, above. However, as per *Varela*, above, and previous cases, if another question is

b. la question doit être déterminante quant à l'issue de l'appel;

c. le processus de certification ne doit pas être assimilé aux jugements déclaratoires à l'égard des questions qu'il n'est pas nécessaire de trancher pour régler une affaire donnée, ni être assimilé au processus de renvoi.

[58] Dans l'arrêt *Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 89, la Cour d'appel fédérale a ajouté que, si le juge de première instance décide qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question, il ne s'agit pas d'une question qu'il convient de certifier.

[59] Plus récemment dans l'arrêt *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, le juge Pelletier, s'exprimant pour la Cour d'appel fédérale, a ajouté qu'une question grave de portée générale doit découler des questions en litige dans l'affaire, et non des motifs du juge.

[60] Dans l'arrêt *Varela*, précité, j'ai certifié un certain nombre de questions. Je les ai certifiées nonobstant le fait que j'étais à l'aise avec mes propres motifs. Cela aurait-il été différent si j'avais exprimé un doute? Dans son ouvrage intitulé *The Discipline of Law*, Londres : Butterworths, 1979, lord Denning cite [à la page 7] Sir George Jessel comme ayant déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Je peux avoir tort et j'ai parfois tort, mais je ne doute jamais ». La question n'est pas le degré de vigueur dont fait preuve le juge de première instance à l'égard de ses opinions, mais plutôt celle de savoir s'il est suffisamment ouvert pour se rendre compte qu'il peut y avoir un autre point de vue.

[61] Néanmoins, guidé par l'arrêt *Zazai*, je n'ai même pas traité de la *Loi d'interprétation* et je ne certifierai donc pas une question qui s'y rapporte.

[62] Essentiellement, l'autre question de M. Shpati indique que l'arrêt *Perez* est erroné. Puisque le ministre est le seul appellant possible, cette question ne serait pas déterminante quant à l'appel selon l'arrêt *Liyanagamage*, précité. Toutefois, selon l'arrêt *Varela*, précité, et selon

certified, it is open to the Federal Court of Appeal to consider all relevant issues.

[63] It is not for me to say that *Perez* was wrongly decided. It is for the Federal Court of Appeal to decide the extent to which it is prepared to revisit its own decisions. The Court of Appeal has taken the position that it, as an intermediate court of appeal, ought not to depart from a decision of an earlier panel merely because it considers that the first case was wrongly decided. The Supreme Court would normally be the appropriate forum. The leading case is *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, based to a considerable extent upon its earlier decision in *Minister of Employment and Immigration v. Widmont*, [1984] 2 F.C. 274 (C.A.). The Court will not overrule a decision of another panel unless the previous decision was manifestly wrong.

[64] Thus in *Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The)*, 2006 FCA 1, [2006] 3 F.C.R. 475, the presiding panel had a point of view different from the Court's earlier decision in *Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)*, [2001] 2 F.C. 551 (C.A.), but would not depart from it. However, the Federal Court of Appeal allowed the appeal and the Supreme Court allowed the subsequent appeal. In its decision *Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade*, 2007 SCC 13, [2007] 1 S.C.R. 588, at paragraph 3 of its reasons, the unanimous Supreme Court said:

Whatever the merits of the practice that led the Federal Court of Appeal to allow the appeal, its conclusion that s. 43(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, was not satisfied in this case cannot stand.

[65] Neither *Miller* or *Widmont*, above, made reference to the earlier decisions of the Federal Court of Appeal in *Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line*, [1980] F.C.J. No. 321 (QL), only officially reported years later at [1984] 1 F.C. 211, and *Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 F.C. 406.

des décisions antérieures, si une autre question est certifiée, il est loisible à la Cour d'appel fédérale d'examiner toutes les questions pertinentes.

[63] Il ne m'appartient pas de dire que l'arrêt *Perez* est erroné. Il appartient à la Cour d'appel fédérale de décider la mesure dans laquelle elle est disposée à revenir sur ses propres décisions. La Cour d'appel fédérale a adopté la position selon laquelle elle ne devrait pas, en qualité de cour d'appel intermédiaire, s'écarter d'une décision rendue par une formation antérieure simplement parce qu'elle estime que la première affaire a été mal tranchée. La Cour suprême serait normalement le forum indiqué sur ce faire. L'arrêt clé est *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370, fondé dans une très grande mesure sur son arrêt antérieur dans *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont*, [1984] 2 C.F. 274 (C.A.). La Cour d'appel fédérale n'infirmera pas la décision d'une autre formation sauf si la décision antérieure était manifestement erronée.

[64] Ainsi, dans l'arrêt *Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le)*, 2006 CAF 1, [2006] 3 R.C.F. 475, le président de la formation avait un point de vue différent de celui de l'arrêt antérieur de la Cour d'appel fédérale dans *Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)*, [2001] 2 C.F. 551, mais ne voulait pas s'en écarter. Il reste que la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, et la Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi subséquent : *Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade*, 2007 CSC 13, [2007] 1 R.C.S. 588, au paragraphe 3 de ces motifs, la Cour suprême a déclaré ce qui suit à l'unanimité :

Que la Cour d'appel fédérale ait été fondée ou non d'appliquer la règle qui l'a amenée à accueillir l'appel, elle a eu tort de conclure que l'exigence du par. 43(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, n'était pas respectée en l'espèce.

[65] Ni l'arrêt *Miller* ni l'arrêt *Widmont*, précités, n'ont renvoyé à des arrêts antérieurs de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line*, [1980] A.C.F. n° 321 (QL), uniquement publié officiellement des années plus tard : [1984] 1 C.F. 211, et dans l'arrêt *Miida Electronics, Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406.

[66] In *Domestic Converters*, Justices Pratte and Le Dain concluded that Canadian maritime law did not encompass a claim against a terminal operator for loss of cargo after discharge from a ship but before delivery. The third member of the panel, Deputy Judge Lalande, dismissed the claim against the terminal operator on the merits and so deliberately refrained from opining on jurisdiction.

[67] Not so many months later, the same issue came up again in *Miida*. Mr. Justice Pratte reiterated that the Federal Court did not have jurisdiction over the terminal operator. Mr. Justice Le Dain said [at page 416]: “On the question of jurisdiction, I am now of the view that I was wrong in the conclusion which I reached in the *Domestics Converters* case” [footnote omitted]. This time, Deputy Judge Lalande considered jurisdiction and came to the same conclusion as Mr. Justice Le Dain. That is the view which ultimately prevailed in the Supreme Court (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*The Buenos Aires Maru*)).

[68] The decision as staked out by the Federal Court of Appeal in *Domestic Converters* could hardly be considered one that was “manifestly wrong”, yet it was reversed 2-1 by the same panel which had decided it.

[69] I agree with the respondent’s submissions that both questions he submitted are serious, of general importance, address the scope of enforcement officers’ jurisdiction, and would support an appeal. I see no reason why both should not be certified.

[70] Based on my reading of *Baron*, above, I consider that a live controversy still exists, so that the matter is not moot. I would have come to the opposite opinion had the judicial review of the H&C decision been dismissed.

[66] Dans l’arrêt *Domestic Converters*, les juges Pratte et Le Dain ont conclu que le droit maritime canadien n’englobait pas une réclamation contre un agent de transit pour la perte d’une cargaison après le déchargement d’un navire, mais avant la livraison. Le troisième membre de la formation, le juge suppléant Lalande, a rejeté la réclamation contre l’agent de transit sur le fond et s’est ainsi délibérément abstenu de se prononcer sur la compétence.

[67] À peine quelques mois plus tard, la même question a été soulevée dans l’arrêt *Miida*. Le juge Pratte a réitéré que la Cour fédérale n’était pas compétente à l’égard du transitaire. Le juge Le Dain a déclaré [à la page 416] : « Pour ce qui est de la question de la compétence, j’estime maintenant que j’ai eu tort dans la décision que j’ai rendue dans l’affaire *Domestic Converters* (précitée) » [note en bas de page omise]. Cette fois, le juge suppléant Lalande a examiné la question de compétence et en est arrivé à la même conclusion que le juge Le Dain. Cette conclusion est celle qui a prévalu au bout du compte en Cour suprême (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*le Buenos Aires Maru*)).

[68] On pourrait difficilement dire que la décision rendue par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Domestic Converters* était « manifestement erronée », mais elle a toutefois été infirmée par la même formation qui l’avait tranchée, à deux membres contre un.

[69] Je souscris aux observations du défendeur selon lesquelles les deux questions qu’il a présentées sont graves, de portée générale, qu’elles visent l’étendue de la compétence des agents d’exécution et qu’elles appuieraient un appel. Je ne vois aucune raison de ne pas certifier les deux.

[70] M’appuyant sur mon interprétation de l’arrêt *Baron*, précité, j’estime qu’il existe toujours un litige actuel, la question n’est donc pas théorique. J’en serais arrivé à l’opinion contraire si le contrôle judiciaire à l’encontre de la décision CH avait été rejeté.

SUMMARY

[71] The judicial review in the PRRA, IMM-6518-09, is dismissed. The judicial review in the H&C, IMM-6522-09, is granted. There is no question to certify under either docket number.

[72] The judicial review in IMM-1396-10, the refusal to defer, is granted. Both questions proposed by the Minister are certified.

[73] A copy of these reasons shall be placed in all three docket numbers.

RÉSUMÉ

[71] Le contrôle judiciaire de la décision d'ERAR, IMM-6518-09, est rejeté. Le contrôle judiciaire de la décision CH, IMM-6522-09, est accueilli. Il n'y a aucune question à certifier dans ces deux dossiers.

[72] Le contrôle judiciaire de la décision rendue dans le dossier IMM-1396-10, c'est-à-dire la décision par laquelle l'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi, est accueilli. Les deux questions proposées par le ministre sont certifiées.

[73] Une copie des présents motifs doit être versée dans chacun des dossiers.

A-451-10
2011 FCA 286

A-451-10
2011 CAF 286

Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Appellant*)

Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*appelant*)

v.

c.

Zef Shpati (*Respondent*)

Zef Shpati (*intimé*)

INDEXED AS: SHPATI v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : SHPATI c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court of Appeal, Sexton, Evans and Stratas JJ.A.—Toronto, October 4 and 18, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Evans et Stratas, J.C.A.—Toronto, 4 et 18 octobre 2011.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's judicial review of negative humanitarian, compassionate application, invalidating enforcement officer's refusal to defer removal — Federal Court upholding negative pre-removal risk assessment (PRRA) but deciding to hear judicial review of deferral decision — Finding that officer overlooking Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) in stating that respondent able to return if PRRA review successful — Issues whether officer (1) failing to account for fact that respondent's application for judicial review of PRRA potentially moot; (2) required to consider risk to applicant if removal not deferred pending disposition of PRRA — (1) Wrong to set aside refusal to defer on basis of officer's statement — Borowski v. Canada (Attorney General) allowing Federal Court to hear review of PRRA rendered moot — Officer's reasons focusing on fact that judicial review of PRRA not automatically staying removal — Officer's statement not basis of refusal to defer removal — Potential mootness of pending PRRA litigation not warranting deferral of removal — Enforcement officers not always required to consider mootness when determining request for deferral pending disposition of PRRA litigation — (2) Enforcement officers having narrow discretion to defer removal if evidence of risk post-PRRA — Fact application made in good faith not cause for deferral — Moot PRRA litigation not abrogating right to judicial review under Federal Courts Act, s. 18.1 — Limiting scope of enforcement officer's discretion doing no violence to integrity of Federal Court jurisdiction, according with Immigration and Refugee Protection Act policy foreigners having to leave immediately after departure order becoming enforceable — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant une demande présentée pour des motifs d'ordre humanitaire et a invalidé le refus d'un agent d'exécution de reporter le renvoi — La Cour fédérale a confirmé la décision défavorable rendue relativement à l'examen des risques avant renvoi (ERAR), mais elle a décidé de statuer sur la demande de contrôle judiciaire de la décision relative au renvoi — Elle a statué que l'agent avait fait abstraction de l'arrêt Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) en déclarant que l'intimé pourrait revenir s'il obtenait une décision d'ERAR favorable — Il s'agissait de savoir si l'agent 1) avait omis de tenir compte de la possibilité que la demande de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR présentée par l'intimé soit potentiellement théorique; et 2) doit tenir compte du risque auquel le demandeur serait exposé si son renvoi n'était pas reporté en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de la demande d'ERAR — 1) Le refus de reporter le renvoi n'aurait pas dû être annulé sur le fondement de la déclaration de l'agent — L'arrêt Borowski c. Canada (Procureur général) permet à la Cour fédérale d'entendre la demande de contrôle de la demande d'ERAR malgré son caractère théorique — Les motifs de l'agent étaient axés sur le fait que la demande de contrôle judiciaire d'une demande d'ERAR n'a pas automatiquement pour effet de surseoir au renvoi — La déclaration de l'agent ne constituait pas le fondement de son refus de reporter le renvoi — Le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d'ERAR ne justifie pas le report du renvoi — Les agents d'exécution ne sont pas toujours obligés de tenir compte du caractère théorique lorsqu'ils se prononcent sur une demande de report en attendant qu'une décision soit

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for judicial review of the respondent's application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds, and invalidating an enforcement officer's refusal to defer the respondent's removal from Canada.

The Federal Court upheld the respondent's negative pre-removal risk assessment (PRRA). However, it decided to hear the application for judicial review of the deferral decision, whether or not it had become moot by the disposition of the applications to review the PRRA and H&C decisions. In invalidating the refusal to defer, the Federal Court found that the officer erred in law in stating that the respondent would be entitled to return to Canada if successful in his PRRA review. The Federal Court stated that the officer had overlooked *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, wherein it was held that if a person leaves Canada after a negative PRRA decision, an application for judicial review of that decision becomes moot and the PRRA cannot be reassessed.

At issue was whether (1) the officer erred by failing to take into account the potential mootness of the respondent's application for judicial review of the PRRA; and (2) an enforcement officer is required to consider the risk to the applicant if his removal is not deferred pending the disposition of PRRA litigation.

Held, the appeal should be allowed.

rendue au sujet d'un litige relatif à une décision d'ERAR — 2) Les agents d'exécution disposent d'un pouvoir discrétionnaire limité pour reporter un renvoi si des éléments de preuve démontrent l'existence d'un risque survenu depuis l'ERAR — Le fait que la demande a été présentée de bonne foi ne justifie pas un report — Un litige en matière d'ERAR qui a été rendu théorique ne porte pas atteinte au droit de demander un contrôle judiciaire en vertu de l'art. 18.1 de la Loi sur les Cours fédérales — Restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution ne porte pas atteinte à l'intégrité de la compétence de la Cour fédérale, ce qui s'accorde avec la volonté exprimée dans la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, à savoir que les étrangers doivent quitter le Canada sans délai dès qu'une mesure d'interdiction de séjour devient exécutoire — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la demande de résidence permanente présentée par l'intimé depuis le Canada pour des motifs d'ordre humanitaire (la demande CH), et a invalidé le refus d'un agent d'exécution de reporter le renvoi de l'intimé du Canada.

La Cour fédérale a confirmé la décision défavorable rendue relativement à l'examen des risques avant renvoi (ERAR) de l'intimé. Cependant, elle a décidé de statuer sur la demande de contrôle judiciaire de la décision relative au renvoi, sans égard à la question de savoir si elle était devenue théorique à la suite du prononcé des décisions relatives aux demandes de contrôle de la décision d'ERAR et de la décision CH. En invalidant le refus de reporter le renvoi, la Cour fédérale a statué que l'agent avait commis une erreur de droit en déclarant que l'intimé aurait le droit de revenir au Canada s'il obtenait une décision d'ERAR favorable. La Cour fédérale a déclaré que l'agent avait fait abstraction de l'arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, où la Cour avait conclu que si une personne quitte le Canada après avoir fait l'objet d'une décision d'ERAR négative, une demande de contrôle judiciaire de cette décision devient théorique et l'ERAR lui-même ne peut faire l'objet d'une nouvelle décision.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si : 1) l'agent a commis une erreur en ne tenant pas compte de la possibilité que la demande de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR présentée par l'intimé devienne théorique; et 2) un agent d'exécution doit tenir compte du risque auquel le demandeur serait exposé si son renvoi n'était pas reporté en attendant qu'une décision soit rendue au sujet du litige relatif à une décision d'ERAR.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

(1) The refusal to defer should not have been set aside as erroneous. The officer did not state that if the respondent were successful in his application for judicial review of the PRRA, he would be entitled to return to Canada. Rather, the officer wrote that the enforcement of the removal order did not negate the respondent's right to have his PRRA reassessed if judicial review is granted. First, even if an applicant's removal from Canada renders her or his application for judicial review of a PRRA moot, the Federal Court may nonetheless exercise its discretion to hear it on the basis of the factors set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*. Should the Court decide to hear the application despite its mootness and subsequently set aside the PRRA, the applicant could be allowed to return to Canada on a Minister's permit pending its redetermination. Hence, the officer's statement was elliptical and incomplete rather than erroneous. Second, the officer could refuse to defer without considering the implications of *Perez*. The officer's reasons focused on the fact that an application for judicial review of a PRRA does not automatically stay a removal. Thus, the impugned sentence in the officer's reasons was not the basis of his refusal to defer the respondent's removal.

This was sufficient to dispose of the appeal in the case at bar. Nevertheless, it was appropriate to address the issue raised in the certified question and state that the potential mootness of the pending PRRA litigation does not warrant deferral of removal. Because mootness does not in itself amount to irreparable harm for the purpose of the tripartite test in granting a judicial stay of removal, there is no reason why enforcement officers should always be legally required to consider mootness when determining a request for deferral pending the disposition of PRRA litigation.

(2) Enforcement officers may consider whether evidence of risk post-PRRA warrants deferral, and exercise their discretion accordingly. The statutory duty to remove under section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) and the language chosen by Parliament to confine enforcement officers' discretion indicate that the list of the considerations capable of rendering removal not "reasonably practicable" is narrow. It would be inconsistent with the scheme of the Act and section 48 in particular if enforcement officers were able to defer removal on the basis that a pending application for leave and for judicial review was made in good faith. A PRRA litigation rendered moot by the removal of a person does not abrogate that person's right to apply for judicial review under section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

1) Le refus de reporter le renvoi n'aurait pas dû être annulé au motif qu'il était erroné. L'agent n'a pas déclaré que l'intimé aurait le droit de revenir au Canada s'il obtenait gain de cause sur sa demande de contrôle judiciaire de la demande d'ERAR. L'agent a plutôt dit que l'exécution de la mesure de renvoi ne prive pas l'intimé du droit de faire examiner de nouveau sa demande d'ERAR s'il est fait droit au contrôle judiciaire. Premièrement, même si le renvoi du demandeur du Canada rend théorique sa demande de contrôle judiciaire d'une demande d'ERAR, la Cour fédérale peut néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire pour examiner cette demande en se fondant sur les facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*. Si la Cour décide d'entendre la demande malgré son caractère théorique et qu'elle annule par la suite la décision d'ERAR, le demandeur pourrait avoir le droit de revenir au Canada grâce à un permis ministériel en attendant qu'une décision soit rendue à l'égard de cette demande. L'énoncé de l'agent était donc fragmentaire et incomplet plutôt qu'erroné. Deuxièmement, l'agent pouvait refuser de reporter le renvoi sans tenir compte des incidences de l'arrêt *Perez*. Les motifs de l'agent étaient axés sur le fait que la demande de contrôle judiciaire d'une demande d'ERAR n'a pas automatiquement pour effet de surseoir au renvoi. Par conséquent, l'extrait attaqué des motifs de l'agent ne constituait pas le fondement de son refus de reporter le renvoi de l'intimé.

Cela suffisait pour disposer de l'appel en l'espèce. Néanmoins, il convenait d'aborder le problème soulevé dans la question certifiée et de déclarer que le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d'ERAR ne justifie pas le report d'un renvoi. Si le caractère théorique ne constitue pas en soi un préjudice irréparable au sens du critère à trois volets régissant l'octroi d'un sursis au renvoi, il n'y a aucune raison pour laquelle les agents d'exécution devraient toujours être légalement obligés de tenir compte du caractère théorique lorsqu'ils se prononcent sur une demande de report en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'un litige relatif à une décision d'ERAR.

2) Les agents d'exécution peuvent se demander si des éléments de preuve démontrant l'existence d'un risque survenu depuis l'ERAR justifient un report et exercer leur pouvoir discrétionnaire en conséquence. L'obligation légale de procéder au renvoi en vertu de l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR) et les mots employés par le législateur pour encadrer le pouvoir discrétionnaire des agents indiquent que la liste des facteurs susceptibles d'empêcher d'exécuter le renvoi « dès que les circonstances les permettent » est limitée. Le fait de permettre aux agents d'exécution de reporter un renvoi dans les cas où une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire en instance a été présentée de bonne foi irait à l'encontre du régime de la Loi et, notamment, de l'article 48. Un litige en matière

Hence, limiting the scope of the enforcement officer's discretion in the manner set out herein does no violence to the integrity of the Federal Court's jurisdiction under section 18.1 and accords with the policy of IRPA that foreign nationals must leave Canada immediately after a departure order becomes enforceable.

d'ERAR qui a été rendu théorique à la suite du renvoi d'une personne n'a pas pour effet de porter atteinte au droit que possède cette personne en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* de présenter une demande de contrôle judiciaire. Restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution de la manière exposée en l'espèce ne porte pas atteinte à l'intégrité de la compétence que l'article 18.1 confère à la Cour fédérale. Cette façon de voir s'accorde avec la volonté exprimée dans la LIPR, à savoir que les étrangers doivent quitter le Canada sans délai dès qu'une mesure d'interdiction de séjour devient exécutoire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 48, 72 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194), 74(d).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 232.

CASES CITED

APPLIED:

Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157.

CONSIDERED:

Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167, 393 N.R. 332; *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289.

REFERRED TO:

Shpati v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 237; *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 367, 89 Imm. L.R. (3d) 25; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, 98 Imm. L.R. (3d) 175, 419 N.R. 321; *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, 265 D.L.R. (4th) 154, 55 Admin. L.R. (4th) 191; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *El Ouardi v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 42, 48 Imm. L.R. (3d) 157, 332 N.R. 76; *Palka v. Canada (Minister of*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 48, 72 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194), 74d).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 232.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile), 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2009 CAF 171; *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682.

DÉCISIONS CITÉES :

Shpati c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 237; *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 367; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187; *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *El Ouardi c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 42; *Palka c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 165; *Simoes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1^{re} inst.); *Ramada c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 1112.

Public Safety and Emergency Preparedness), 2008 FCA 165, 379 N.R. 239; *Simoës v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15668, 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.); *Ramada v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 1112, 53 Imm. L.R. (3d) 74.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1046, [2012] 2 F.C.R. 108) allowing an application for judicial review of the respondent's application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate grounds and invalidating an enforcement officer's refusal to defer the respondent's removal from Canada. Appeal allowed.

APPEARANCES

John Provart and Nicole Paduraru for appellant.
Joel Etienne and Dov Maierovitz for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Gertler, Etienne LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Is the Federal Court or an immigration enforcement officer the principal decision maker when foreign nationals request the deferral of their removal from Canada pending the disposition of an application for judicial review of a negative pre-removal risk assessment (PRRA)?

[2] That is the question underlying the present appeal by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) of a decision of the Federal Court, reported as *Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2010 FC 1046, [2012] 2 F.C.R. 108. In that decision, Justice Harrington (Judge) granted an application for judicial review by Zef Shpati

APPEL à l'encontre d'une décision (2010 CF 1046, [2012] 2 R.C.F. 108) par laquelle la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la demande de résidence permanente présentée par l'intimé depuis le Canada pour des motifs d'ordre humanitaire et a invalidé le refus d'un agent d'exécution de reporter le renvoi de l'intimé du Canada. Appel accueilli.

ONT COMPARU

John Provart et Nicole Paduraru pour l'appellant.
Joel Etienne et Dov Maierovitz pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appellant.
Gertler, Etienne LLP, Toronto, pour l'intimé.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Qui, de la Cour fédérale ou de l'agent d'exécution, constitue le principal décideur lorsqu'un ressortissant étranger réclame un sursis à l'exécution de son renvoi du Canada en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de sa demande de contrôle judiciaire de la décision négative dont il a fait l'objet à la suite de l'examen des risques avant le renvoi (ERAR)?

[2] Voilà la question sous-jacente au présent appel interjeté par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale publiée sous l'intitulé *Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2010 CF 1046, [2012] 2 R.C.F. 108. Dans cette décision, le juge Harrington (le juge de première instance) a fait

and declared invalid an enforcement officer's refusal to defer his removal from Canada.

[3] The Minister says that, in the absence of a statutory stay, the Federal Court is normally the proper forum for individuals seeking to stay their removal, by showing that they meet the tripartite test for granting an interlocutory injunction: the existence of a serious question to be decided in the pending judicial review proceeding, irreparable harm to the applicant if a stay is not granted, and the balance of convenience.

[4] The Minister notes that section 48 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) obliges a person subject to an enforceable removal order to leave Canada immediately and requires that the order be enforced as soon as is reasonably practicable. He argues that these provisions indicate that the scope of an enforcement officer's discretion to defer removal is narrow.

Enforceable removal order **48.** (1) A removal order is enforceable if it has come into force and is not stayed.

Effect (2) If a removal order is enforceable, the foreign national against whom it was made must leave Canada immediately and it must be enforced as soon as is reasonably practicable. [Emphasis added.]

[5] On the other hand, Mr. Shpati argues that enforcement officers should normally defer removal pending the disposition of an application for judicial review of a negative PRRA if satisfied that the application was timely and made in good faith. Otherwise, he says, an individual's statutory right to seek judicial review of a negative PRRA determination would be rendered nugatory. This is because, once an individual is removed from Canada, the judicial review of the PRRA becomes moot, and the PRRA itself cannot be reassessed. Moreover, Mr. Shpati submits that it would be inefficient to bifurcate deferral decisions between the

droit à la demande de contrôle judiciaire présentée par Zef Shpati et a déclaré invalide le refus de l'agent d'exécution de différer son renvoi du Canada.

[3] Suivant le ministre, à défaut de sursis prévu par la loi, c'est normalement à la Cour fédérale que doivent s'adresser les personnes qui cherchent à faire surseoir à l'exécution de leur mesure de renvoi en démontrant qu'elles satisfont au critère à trois volets permettant d'accorder une injonction interlocutoire, à savoir : l'existence d'une question sérieuse à trancher dans le cadre de l'instance en contrôle judiciaire en cours, le fait qu'un préjudice irréparable serait causé au demandeur si le sursis n'était pas accordé et, enfin, la prépondérance des inconvénients.

[4] Le ministre souligne que l'article 48 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), oblige la personne qui fait l'objet d'une mesure de renvoi exécutoire à quitter le territoire du Canada immédiatement, et prévoit que la mesure doit être appliquée dès que les circonstances le permettent. Le ministre soutient qu'il ressort de ces dispositions que le pouvoir discrétionnaire dont jouit l'agent d'exécution en matière de report de renvoi est limité.

48. (1) La mesure de renvoi est exécutoire depuis sa prise d'effet dès lors qu'elle ne fait pas l'objet d'un sursis. Mesure de renvoi

(2) L'étranger visé par la mesure de renvoi exécutoire doit immédiatement quitter le territoire du Canada, la mesure devant être appliquée dès que les circonstances le permettent. [Soulignement ajouté.] Conséquence

[5] En revanche, M. Shpati affirme que les agents d'exécution devraient normalement reporter l'exécution des mesures de renvoi en attendant l'issue d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision négative d'ERAR dès lors qu'ils sont convaincus que la demande a été présentée en temps opportun et de bonne foi. Sinon, suivant M. Shpati, le droit que la loi confère à une personne de demander le contrôle judiciaire d'une décision d'ERAR négative deviendrait futile. Il en est ainsi parce que, lorsqu'une personne est renvoyée du Canada, le contrôle judiciaire de l'ERAR devient théorique et l'ERAR lui-même ne peut faire l'objet d'un nouvel

Federal Court and immigration officials by limiting the scope of enforcement officers' discretion under section 48 as suggested by the Minister.

[6] In my opinion, the Minister's view is more consistent than that of Mr. Shpati with the text of section 48, the scheme of the IRPA, and the jurisprudence. For the reasons that follow, I would allow the Minister's appeal and dismiss Mr. Shpati's application for judicial review of the enforcement officer's refusal to defer his removal.

B. FACTUAL BACKGROUND

[7] Zef Shpati is a national of Albania, where he spent 25 years in a labour camp. After escaping from Albania in 1991 he was identified by the United Nations High Commissioner for Refugees as a person of concern and was issued travel documents to the United States, where he was resettled, and he and his family became permanent residents.

[8] In March or April 2005, Mr. Shpati was deported to Albania from the United States for immigration fraud, namely, attempting to smuggle his sister-in-law into the country on his wife's green card. In May, he left Europe for Canada and applied for Convention refugee status on his arrival. Finding Mr. Shpati not to be credible, a panel of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board (Board) dismissed his claim on March 16, 2006. A year later, the Federal Court (2007 FC 237) upheld the Board's decision.

[9] In September 2006, Mr. Shpati applied for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate grounds (H&C). This application was refused on January 28, 2009.

examen. M. Shpati affirme en outre qu'il serait peu efficace de fractionner les décisions en matière de report entre la Cour fédérale et les agents de l'immigration en limitant de la manière suggérée par le ministre la portée du pouvoir discrétionnaire que l'article 48 confère aux agents d'immigration.

[6] À mon avis, la thèse du ministre s'accorde davantage que celle de M. Shpati avec le libellé de l'article 48, l'économie de la LIPR et la jurisprudence. Pour les motifs qui suivent, je suis donc d'avis d'accueillir l'appel du ministre et de rejeter la demande présentée par M. Shpati en vue d'obtenir le contrôle judiciaire du refus de l'agent d'exécution de différer son renvoi.

B. CONTEXTE FACTUEL

[7] Zef Shpati est un ressortissant de l'Albanie, où il a passé 25 ans dans un camp de travail. Après qu'il s'est évadé d'Albanie en 1991, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés a déclaré qu'il était une personne relevant de sa compétence. Il a obtenu des documents de voyage pour se rendre aux États-Unis, où il s'est installé; M. Shpati de même que les membres de sa famille sont par la suite devenus des résidents permanents de ce pays.

[8] En mars ou en avril 2005, M. Shpati a été expulsé par les États-Unis en Albanie pour fraude d'immigration après avoir tenté de faire venir illégalement sa belle-sœur aux États-Unis en utilisant la carte verte de son épouse. En mai, il a quitté l'Europe pour le Canada où il a présenté une demande d'asile dès son arrivée. Le jugeant non crédible, un tribunal de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) a rejeté sa demande d'asile le 16 mars 2006. Un an plus tard, la Cour fédérale a confirmé (2007 CF 237) la décision de la Commission.

[9] En septembre 2006, M. Shpati a présenté une demande de résidence permanente depuis le Canada en invoquant des motifs d'ordre humanitaire (la demande CH). Cette demande a été refusée le 28 janvier 2009.

[10] In June 2009, he also applied for a PRRA, which automatically stayed his removal: *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (Regulations), section 232. In a decision dated October 1, 2009, the PRRA officer rejected the application. He concluded that Mr. Shpati was unlikely to be at risk of torture, persecution, death, or cruel and unusual treatment or punishment if returned to Albania. As a result, the statutory stay of removal lapsed and Mr. Shpati could be removed from Canada: Regulations, paragraph 232(c).

[11] On December 21, 2009, Mr. Shpati applied to the Federal Court for leave and for judicial review of the PRRA and the H&C decision. On February 4, 2010, he requested an enforcement officer to defer his removal (then apparently scheduled for February 26, 2010) pending the Court's disposition of his judicial review applications. The request was refused on March 8, 2010, and Mr. Shpati was advised that he was expected to report for removal on March 22, 2010. He applied for leave and for judicial review of the denial of the deferral as well. This is the decision that has led to the present appeal and is described more fully below.

[12] On March 17, 2010, the Judge heard motions brought by Mr. Shpati for a stay of his removal pending the Court's determination of his applications for leave and for judicial review of the PRRA, the H&C decision, and the enforcement officer's refusal to defer his removal. In a decision, dated April 7, 2010 (2010 FC 367, 89 Imm. L.R. (3d) 25), the Judge granted the motion to stay the refusal to defer on the basis of the tripartite test. He dismissed the other two motions as moot.

[10] En juin 2009, il a également demandé un examen des risques avant le renvoi (ERAR), ce qui a automatiquement eu pour effet de surseoir à l'exécution de son renvoi (*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement), article 232). Dans une décision datée du 1^{er} octobre 2009, l'agent d'ERAR a rejeté sa demande en concluant que M. Shpati n'était pas exposé au risque d'être soumis à la torture, ou à une menace à sa vie ou à des traitements ou peines cruels et inusités s'il retournait en Albanie. Par conséquent, le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi prévu par la loi est devenu caduc, de sorte que M. Shpati pouvait être renvoyé du Canada (alinéa 232c) du Règlement).

[11] Le 21 décembre 2009, M. Shpati a saisi la Cour fédérale d'une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR et de la décision rendue au sujet de sa demande CH. Le 4 février 2010, il a demandé à un agent d'exécution de reporter son renvoi (qui était alors vraisemblablement prévu pour le 26 février 2010) en attendant que la Cour se prononce sur ses demandes de contrôle judiciaire. Cette demande a été refusée le 8 mars 2010 et M. Shpati a été informé qu'il devait se présenter en vue de son renvoi le 22 mars 2010. Il a alors introduit une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision refusant le report de son renvoi. C'est la décision à l'origine du présent appel. Nous y reviendrons plus en détail plus loin.

[12] Le 17 mars 2010, le juge de première instance a entendu les requêtes présentées par M. Shpati en vue d'obtenir un sursis à l'exécution de sa mesure de renvoi en attendant que la Cour se prononce sur ses demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire de l'ERAR, de la décision relative à la demande CH, et du refus de l'agent d'exécution de reporter son renvoi. Dans une décision datée du 7 avril 2010 (2010 CF 367), le juge de première instance a fait droit, sur le fondement du critère à trois volets, à la requête en sursis à l'exécution de la décision par laquelle l'agent d'exécution avait refusé de différer le renvoi. Il a rejeté les deux autres requêtes au motif qu'elles étaient théoriques.

C. DECISION OF THE ENFORCEMENT OFFICER

[13] The enforcement officer started his careful reasons for decision by noting that the statutory obligation imposed by section 48 of the IRPA to execute a removal order “as soon as is reasonably practicable” gives officers “little discretion to defer removal”. He then addressed each of the submissions made on Mr. Shpati’s behalf.

[14] Turning first to the submission that Mr. Shpati’s removal should be deferred because of the outstanding applications for leave and for judicial review of the PRRA and the H&C decision, he said:

I note that the enforcement of Mr. Shpati’s removal order does not negate him the right to have his PRRA/H&C reassessed, if judicial review is granted by the Federal Court.

[15] He then correctly noted that the IRPA stays removals in certain circumstances, which did not apply in Mr. Shpati’s case. Absent a statutory stay, “immigration proceedings are not automatically suspended where pending court applications exist”, although an applicant may apply to the Federal Court for a temporary stay of the execution of a removal order. Consequently, he declined to defer Mr. Shpati’s removal on the basis of his outstanding judicial review applications to the Federal Court.

[16] Second, the officer found that deferral was not warranted because of a serious risk of harm to Mr. Shpati if he were returned to Albania. The enforcement officer noted that the Board, and the PRRA and H&C officers, had already assessed risk and found that he was not a refugee or a person in need of protection. And, since the officer was not satisfied that “any new or personalized risk exists”, the allegations of risk on return did not warrant deferring Mr. Shpati’s removal.

C. DÉCISION DE L’AGENT D’EXÉCUTION

[13] L’agent d’exécution, qui a rédigé avec soin les motifs de sa décision, souligne d’entrée de jeu que l’obligation légale imposée par l’article 48 de la LIPR d’exécuter la mesure de renvoi « dès que les circonstances le permettent » [TRADUCTION] « offre peu de latitude aux agents d’immigration en matière de report d’un renvoi ». Il a ensuite examiné à tour de rôle chacun des arguments invoqués au nom de M. Shpati.

[14] Examinant d’abord l’argument suivant lequel le renvoi de M. Shpati devait être reporté en raison des demandes d’autorisation et de contrôle judiciaire des décisions relatives à l’ERAR et à la demande CH, l’agent a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Je désire souligner que l’exécution de la mesure de renvoi ne privera pas M. Shpati, si la Cour fédérale fait droit au contrôle judiciaire, du droit de faire examiner de nouveau ses demandes d’ERAR ou ses demandes fondées sur des motifs d’ordre humanitaire.

[15] Il a ensuite fait observer à juste titre que la LIPR sursoit à l’exécution des mesures de renvoi dans certaines circonstances qui ne s’appliquent pas dans le cas de M. Shpati. À défaut de sursis prévu par la loi, [TRADUCTION] « les instances en immigration ne sont pas automatiquement suspendues du fait qu’une cour de justice est saisie d’une demande », et ce, même si le demandeur peut s’adresser à la Cour fédérale en vue d’obtenir un sursis temporaire à l’exécution d’une mesure de renvoi. Il a donc refusé de reporter le renvoi de M. Shpati en raison des demandes de contrôle judiciaire en instance devant la Cour fédérale.

[16] Deuxièmement, l’agent a estimé qu’on ne pouvait conclure à l’existence d’un risque sérieux de préjudice justifiant le report advenant le retour de M. Shpati en Albanie. L’agent d’exécution a fait observer que la Commission, ainsi que les agents d’ERAR et l’agent qui s’était prononcé sur la demande CH, avaient déjà examiné les risques et conclu que le demandeur n’avait pas la qualité de réfugié ou celle de personne à protéger et, comme l’agent n’était pas convaincu [TRADUCTION]

[17] Third, he declined to defer removal because either Mr. Shpati was established in Canada, or the best interests of his wife and children in the United States so required.

D. FEDERAL COURT DECISION

[18] The Judge heard the judicial review of the enforcement officer's refusal to defer, together with the judicial review applications relating to the PRRA and the H&C decision. He upheld the PRRA decision, but set aside the H&C decision for lack of adequate reasons, and remitted it for re-determination. Once the Judge had rendered these decisions, Mr. Shpati's application for judicial review of the enforcement officer's refusal to defer his removal pending the Federal Court's disposition of the applications to review the PRRA and the H&C decision arguably became moot.

[19] However, the Judge decided to hear the application for judicial review of the deferral decision in the circumstances of the present case, whether or not it was moot (at paragraphs 31 and 36). He reasoned (at paragraph 31) that there was still a live controversy between the parties because Mr. Shpati wished to remain in Canada pending the redetermination of his H&C application. The Judge stated that, even if the application to review the refusal of a deferral were granted, he could not remit the matter to the officer to redecide because the Court had already judicially reviewed the PRRA and H&C decisions. However, he said, a declaration that the refusal to defer was invalid would be an available remedy.

« qu'il exist[ait] un risque nouveau ou personnalisé », le risque auquel M. Shpati prétendait s'exposer en cas de retour en Albanie ne justifiait pas de reporter son renvoi.

[17] Troisièmement, l'agent a estimé que le fait que M. Shpati s'était établi au Canada ainsi que l'intérêt supérieur de son épouse ou de ses enfants aux États-Unis ne pouvaient justifier le report du renvoi de M. Shpati.

D. JUGEMENT DE LA COUR FÉDÉRALE

[18] Le juge de première instance a entendu la demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle l'agent d'exécution a refusé de reporter le renvoi, ainsi que les demandes de contrôle judiciaire portant sur la demande d'ERAR et sur la décision relative à la demande CH. Il a confirmé la décision d'ERAR, mais il a annulé la décision CH au motif qu'elle n'était pas suffisamment motivée, et il a renvoyé la demande CH à la Commission pour qu'elle rende une nouvelle décision. Une fois ces décisions rendues par le juge de première instance, la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Shpati relativement au refus de l'agent d'exécution de différer son renvoi en attendant que la Cour fédérale ait tranché ses demandes de contrôle de la décision d'ERAR et de la décision CH était potentiellement devenue théorique.

[19] Le juge de première instance a toutefois décidé de statuer sur la demande de contrôle judiciaire de la décision relative au renvoi, et ce, sans égard à la question de savoir si elle était devenue théorique (aux paragraphes 31 et 36). Il a expliqué (au paragraphe 31) qu'un litige actuel subsistait entre les parties parce que M. Shpati souhaitait demeurer au Canada en attendant qu'une nouvelle décision soit rendue au sujet de sa demande CH. Le juge a déclaré que, même si la demande de contrôle judiciaire du refus d'accorder un report était accueillie, il ne pouvait renvoyer l'affaire à l'agent pour qu'il rende une nouvelle décision, étant donné que la Cour avait déjà procédé au contrôle judiciaire des décisions d'ERAR et de CH. Il a toutefois ajouté qu'un jugement déclarant invalide le refus de reporter le renvoi était l'une des mesures que pouvait envisager la Cour.

[20] This was the remedy that the Judge granted, having found (at paragraph 47) that:

... the enforcement officer erred in law in stating that if successful in his PRRA, Mr. Shpati would be entitled to return to Canada.

The Judge stated that, in so concluding, the officer must have overlooked *Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167 (*Perez*), where it was held that if a person leaves Canada after a negative PRRA decision, whether voluntarily or not, an application for judicial review of that decision becomes moot and the PRRA itself cannot be reassessed.

[21] Earlier in his reasons (at paragraph 42), the Judge had repeated and endorsed the following statement in his reasons for decision in the stay motions:

Although an application for leave and for judicial review of a negative PRRA does not automatically result in a stay, I find it difficult to accept that Parliament intended that it was “reasonably practicable,” for an enforcement officer, who is not trained in these matters, to deprive an applicant of the very recourse Parliament had given him.

[22] As for the scope of the enforcement officer’s discretion to defer removal, the Judge stated (at paragraph 45):

... an enforcement officer has not been empowered to opine on decisions already rendered on PRRA or H&C applications with risk elements. Nor is he or she in a position to opine on whether an applicant will be successful in an application for leave and for judicial review already filed. I accept that the officer has jurisdiction to defer removal on the basis that a decision will soon be rendered by the Court. However it is also open to the officer to refuse, leaving it to the applicant to seek a stay from a judge of this Court.

[20] C’est effectivement la réparation que le juge de première instance a accordée après avoir conclu (au paragraphe 47) que :

[...] l’agent d’exécution a commis une erreur de droit en déclarant que, si M. Shpati obtenait une décision d’ERAR favorable, il aurait le droit de revenir au Canada.

Le juge de première instance a déclaré qu’en tirant cette conclusion, l’agent avait sans doute omis de tenir compte de l’arrêt *Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 171 (*Perez*), dans lequel la Cour d’appel fédérale avait jugé que, si une personne quitte de son plein gré ou non le Canada après avoir fait l’objet d’une décision d’ERAR négative, une demande de contrôle judiciaire de cette décision devient théorique et l’ERAR lui-même ne peut faire l’objet d’une nouvelle décision.

[21] Plus tôt dans ses motifs (au paragraphe 42), le juge de première instance a répété et réaffirmé les propos qu’il avait déjà tenus dans les motifs de sa décision en réponse aux requêtes en sursis :

Bien qu’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’égard d’une décision défavorable quant à l’ERAR ne donne pas automatiquement lieu à l’octroi d’un sursis, j’estime difficile d’admettre que le législateur ait entendu que « dès que les circonstances le permettent », un agent d’exécution, qui n’a pas acquis une formation en la matière, puisse priver un demandeur du recours même qu’il lui avait accordé.

[22] S’agissant de la portée du pouvoir discrétionnaire de l’agent d’exécution en matière de report de renvois, le juge de première instance a déclaré ce qui suit, au paragraphe 45 :

[...] un agent d’exécution n’a pas reçu le pouvoir de se prononcer sur des décisions déjà rendues à l’égard de demandes d’ERAR ou CH comportant des éléments de risque. Pas plus qu’il n’est en mesure de se prononcer sur la question de savoir si un demandeur aura gain cause à l’égard d’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire déjà déposée. Je reconnais que l’agent est compétent pour reporter un renvoi au motif que la Cour rendra une décision sous peu. Il est toutefois également loisible à l’agent de refuser, laissant au demandeur le soin de solliciter un sursis à un juge de la Cour.

[23] The Judge noted (at paragraph 44) that he had also dealt with the scope of the officer's discretion to defer in paragraph 47 of his reasons for granting the stay motions [2010 FC 367], where he had said:

Nor do I rule out the possibility that an enforcement officer may defer in circumstances in which new events have occurred after the negative PRRA decision, such as natural disasters in the form of tsunamis or earthquakes or political upheavals such as "coup d'états."

[24] The Judge [at paragraph 55] certified the following two questions, proposed by the Minister, pursuant to IRPA, paragraph 74(d):

When a foreign national has a negatively determined PRRA, has filed an application for leave and judicial review of that PRRA decision, but continues to maintain the same allegation of risk in a request to defer removal, does an enforcement officer have the discretion to defer removal on that basis alone or must a judicial stay based on the PRRA application for leave and for judicial review be sought in Federal Court?

...

Does the potential mootness of an applicant's PRRA litigation upon removal warrant a deferral of removal pending resolution of this same litigation?

[25] No questions were certified regarding the Judge's dismissal of Mr. Shpati's judicial review of the PRRA, or his setting aside of the H&C decision and its pending redetermination. They are therefore not considered in this appeal.

E. ISSUES AND ANALYSIS

Issue 1: Standard of review

[26] The Minister observed that the Judge seems not to have articulated the standard of review applicable to

[23] Le juge a fait observer (au paragraphe 44) qu'il avait également déjà traité de la question de la portée du pouvoir discrétionnaire de l'agent en matière de report au paragraphe 47 des motifs de la décision par laquelle il avait fait droit aux requêtes en sursis [2010 CF 367], et où il avait déclaré ce qui suit :

Je n'écarte pas non plus la possibilité pour un agent d'exécution de reporter une mesure de renvoi lorsque de nouveaux événements sont survenus après la décision défavorable quant à l'ERAR, de l'ordre de catastrophes naturelles, comme des tsunamis ou des tremblements de terre, ou de bouleversements politiques, comme des coups d'État.

[24] Le juge [au paragraphe 55] a certifié les deux questions suivantes qui avaient été proposées par le ministre, le tout conformément à l'alinéa 74d) de la LIPR :

[TRADUCTION] Lorsqu'un étranger fait l'objet d'une décision d'ERAR défavorable, a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision d'ERAR, mais qu'il continue de faire valoir la même allégation de risque dans une demande de report de renvoi, un agent d'exécution a-t-il le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi selon ce seul motif, ou un sursis judiciaire s'appuyant sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'ERAR devrait-il être sollicité auprès de la Cour fédérale?

[...]

[TRADUCTION] Le caractère potentiellement théorique du litige d'un demandeur visant la décision d'ERAR lors de son renvoi justifie-t-il de reporter le renvoi en attendant l'issue de ce même litige?

[25] Aucune question n'a été certifiée au sujet du rejet, par le juge de première instance, de la demande présentée par M. Shpati en vue d'obtenir le contrôle judiciaire de la décision d'ERAR, ou en ce qui concerne sa décision d'annuler la décision CH et son réexamen. Ces questions ne sont donc pas examinées dans le cadre du présent appel.

E. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

Question 1 : La norme de contrôle

[26] Le ministre a fait observer que le juge semblait ne pas avoir énoncé la norme de contrôle applicable au refus

the enforcement officer's refusal to defer Mr. Shpati's removal. I agree.

[27] In my view, the officer's decision under section 48 is reviewable on a standard of reasonableness because it involves either the exercise of discretion, or the application to the facts of the words of section 48, "as soon as is reasonably practicable." However, any question of law on which the officer based his decision (such as the scope of the statutory authority to defer) is reviewable on a standard of correctness: *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 187, 98 Imm. L.R. (3d) 175, at paragraphs 26–27. Enforcement officers have no delegated legal power to decide questions of law.

[28] Since the issue in this appeal is whether the officer's decision was either unreasonable or based on an erroneous view of the law, the Court effectively steps into the shoes of the Judge of the Federal Court who heard Mr. Shpati's application for judicial review: see, for example, *Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2004] 4 C.T.C. 123.

Issue 2: Did the enforcement officer err in law by failing to take into account the fact that Mr. Shpati's application for judicial review of the PRRA was potentially moot if he was removed before it was decided?

[29] Contrary to the view expressed by the Judge (at paragraph 47), the officer did not state that if Mr. Shpati were successful in his application for judicial review of the PRRA, "[he] would be entitled to return to Canada." What the enforcement officer wrote was more nuanced:

... the enforcement of Mr. Shpati's removal order does not negate him the right to have his PRRA/H&C reassessed, if judicial review is granted by the Federal Court.

de l'agent d'exécution de reporter le renvoi de M. Shpati. Je suis du même avis.

[27] Selon moi, la décision que l'agent rend en vertu de l'article 48 est assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable parce qu'elle comporte l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, ou l'application aux faits de l'expression « dès que les circonstances le permettent » que l'on trouve à l'article 48. Toutefois, toute question de droit sur laquelle l'agent a fondé sa décision (comme celle de l'étendue du pouvoir que la loi lui confère de reporter l'exécution de la mesure de renvoi) est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte (*Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 187, aux paragraphes 26 et 27). La loi ne prévoit pas de délégation de pouvoirs permettant aux agents d'exécution de statuer sur des questions de droit.

[28] Comme la question en litige dans le présent appel est celle de savoir si la décision de l'agent était déraisonnable ou reposait sur une interprétation erronée du droit, la Cour prend en réalité la place du juge de la Cour fédérale qui a entendu la demande de contrôle judiciaire de M. Shpati (voir, par exemple, *Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23).

Question 2 : L'agent d'exécution a-t-il commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de la possibilité que la demande de contrôle judiciaire de la décision d'ERAR présentée par M. Shpati devienne théorique s'il était renvoyé avant qu'une décision ne soit rendue?

[29] Contrairement à l'opinion exprimée par le juge de première instance (au paragraphe 47), il est faux de dire que l'agent a déclaré que, si M. Shpati obtenait gain de cause sur sa demande de contrôle judiciaire de la demande d'ERAR, « il aurait le droit de revenir au Canada ». Ce que l'agent d'exécution a écrit était plus nuancé :

[TRADUCTION] [...] l'exécution de la mesure de renvoi ne privera pas M. Shpati, si la Cour fédérale fait droit au contrôle judiciaire, du droit de faire examiner de nouveau ses demandes d'ERAR ou ses demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire.

In my respectful opinion, the refusal to defer should not have been set aside as erroneous in law on the basis of this statement.

[30] First, even though an applicant's removal from Canada renders her or his application for judicial review of a PRRA moot, the Court may nonetheless exercise its discretion to hear it on the basis of the factors set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342. If the Court decides to hear the application despite its mootness and subsequently sets aside the PRRA decision, the Minister could permit the applicant to return to Canada pending the redetermination of the PRRA. In these circumstances, the PRRA application would not be moot. Hence, the officer's statement of the law could be characterized as elliptical and incomplete, rather than as demonstrating that he misunderstood the law.

[31] Second, the written submissions to the enforcement officer by Mr. Shpati's counsel requesting that his removal be deferred pending the determination of the applications for leave and for judicial review made no mention of the implications of *Perez*. Not surprisingly, therefore, the officer's reasons for refusing to defer focus principally on the fact that, absent a stay by the Federal Court or a statutory stay, an application for judicial review of a PRRA does not automatically stay a removal. I see no error in this statement of the law. Thus, even if the enforcement officer did misstate the law as found by the Judge, it is not clear to me that the impugned sentence in the officer's reasons was the basis of his refusal to defer Mr. Shpati's removal because of the outstanding judicial review application.

[32] The materiality of the officer's alleged error of law is further reduced by his conclusion that, in view of the prior negative decisions by the Board, and by the PRRA and H&C officers, and in the absence of information about a new risk, the officer was not satisfied that Mr. Shpati's removal should be deferred because he

À mon humble avis, le refus de reporter le renvoi n'aurait pas dû être annulé comme étant erroné en droit sur la foi de cette déclaration.

[30] Premièrement, même si le renvoi du demandeur du Canada rend théorique sa demande de contrôle judiciaire d'une demande d'ERAR, la Cour peut néanmoins exercer son pouvoir discrétionnaire et décider d'examiner cette demande en se fondant sur les facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Si la Cour décide d'entendre la demande malgré son caractère théorique et qu'elle annule par la suite la décision d'ERAR, le ministre pourrait permettre au demandeur de revenir au Canada en attendant qu'une décision soit rendue au sujet de sa demande d'ERAR. Dans ces conditions, la demande d'ERAR ne serait pas théorique. On pourrait donc qualifier l'énoncé du droit de l'agent de fragmentaire et d'incomplet sans toutefois aller jusqu'à dire qu'il a mal interprété la loi.

[31] Deuxièmement, les observations écrites par lesquelles les avocats de M. Shpati ont demandé à l'agent d'exécution de reporter le renvoi de leur client en attendant que soient tranchées ses demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire ne faisaient aucune mention des incidences de l'arrêt *Perez*. Il n'est donc pas étonnant que, dans les motifs qu'il a exposés pour refuser de reporter le renvoi, l'agent se soit concentré principalement sur le fait qu'à défaut de sursis accordé par la Cour fédérale ou prévu par la loi, la demande de contrôle judiciaire d'une demande d'ERAR n'avait pas automatiquement pour effet de surseoir au renvoi. Je ne vois aucune erreur dans cet énoncé du droit. Ainsi, même si l'agent d'exécution a, comme le juge de première instance l'a affirmé, mal énoncé les règles de droit applicables, il est loin d'être évident à mes yeux que l'extrait attaqué des motifs de l'agent fait état des raisons l'ayant amené à refuser de reporter le renvoi de M. Shpati par suite de l'existence de la demande de contrôle judiciaire en instance.

[32] L'ampleur de l'erreur de droit qu'aurait commise l'agent est par ailleurs atténuée par sa conclusion que compte tenu des décisions négatives antérieures de la Commission et des agents d'ERAR et de CH, et à défaut de renseignements portant sur l'existence d'un nouveau risque, il n'était pas convaincu que le renvoi de

would be at risk if returned to Albania. The officer also concluded that neither Mr. Shpati's establishment in Canada nor the best interests of his children warranted a deferral.

[33] Hence, if one looks beyond the officer's reasons to the outcome of the process, I am not persuaded that his decision falls outside the range of those reasonably open to him on the facts and the law.

[34] This, in my opinion, is sufficient to dispose of the appeal. However, in case I am wrong, and in order to attempt to reduce uncertainty in the law, it is appropriate for this Court to address the issue raised in the certified question: does the potential mootness of the pending PRRA litigation warrant deferral of removal?

[35] In my view, the answer to this question is no. If it were otherwise, deferral would be virtually automatic whenever an individual facing removal had instituted judicial review proceedings in respect of a negative PRRA. This would be tantamount to implying a statutory stay in addition to those expressly prescribed by the IRPA, and would thus be contrary to the statutory scheme.

[36] Indeed, counsel for Mr. Shpati were not prepared to go this far. Their position and, perhaps, that of the Judge (at paragraph 42) was that the potential mootness of the PRRA litigation was not determinative in every case, but that it is an error of law for an enforcement officer not to take it into account when determining requests for the deferral of removal pending the disposition of judicial review proceedings challenging a PRRA.

[37] I disagree with this argument. First, the potential mootness of the PRRA litigation would be a factor whenever an enforcement officer is asked to defer a removal pending the determination of a judicial review of a negative PRRA. As a result, it would be formalistic to insist that officers' reasons must refer to it in every

M. Shpati devait être reporté parce que ce dernier serait exposé à des risques s'il devait retourner en Albanie. L'agent a également conclu que ni l'établissement de M. Shpati au Canada ni l'intérêt supérieur de ses enfants ne justifiaient le report de son renvoi.

[33] Ainsi, si l'on va au-delà des seuls motifs de l'agent pour considérer plutôt l'issue du processus, je ne suis pas convaincu que la décision de l'agent n'appartient pas aux issues raisonnables qu'il pouvait proposer vu l'ensemble des faits et compte tenu de la loi.

[34] Voilà, à mon avis, qui suffit pour disposer du présent appel. Toutefois pour le cas où j'aurais tort, et pour tenter d'atténuer toute incertitude juridique, il convient d'aborder le problème soulevé dans la question certifiée, en l'occurrence celle de savoir si le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d'ERAR justifie le report d'un renvoi.

[35] À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. S'il en était autrement, le report serait pratiquement automatique chaque fois qu'une personne qui risque d'être renvoyée introduit une instance en contrôle judiciaire relativement à une décision d'ERAR défavorable, ce qui, contrairement à l'économie de la loi, reviendrait à conclure à l'existence d'un sursis légal en plus de ceux qui sont expressément prévus par la LIPR.

[36] D'ailleurs, les avocats de M. Shpati n'étaient pas prêts à aller aussi loin. Leur position — qui correspond peut-être à celle du juge de première instance (au paragraphe 42) — était que le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d'ERAR n'est pas déterminant dans chaque cas, mais que l'agent d'exécution commet une erreur de droit en ne tenant pas compte de ce facteur lorsqu'il examine une demande de report du renvoi en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande de contrôle judiciaire contestant une décision d'ERAR.

[37] Je ne suis pas d'accord avec cet argument. En premier lieu, le caractère théorique potentiel du litige relatif à une décision d'ERAR serait un facteur dont il y a lieu de tenir compte chaque fois qu'un agent d'exécution est appelé à différer un renvoi en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande de contrôle

case as a condition precedent of the validity of their decision.

[38] Second, the potential mootness of the underlying judicial review application resulting from the removal of the applicant does not necessarily constitute irreparable harm to the applicant under the tripartite test so as to warrant the grant of a judicial stay: *El Ouardi v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 42, 48 Imm. L.R. (3d) 157, at paragraph 8; *Palka v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 165, 379 N.R. 239, at paragraph 20. However, the Judge's decision granting Mr. Shpati's motion for a stay seems to have given rise to divergent views in the Federal Court: see paragraphs 37–40 of his reasons for the decision that is the subject of the present appeal.

[39] If mootness does not in itself amount to irreparable harm for the purpose of the tripartite test for the grant of a judicial stay of removal, I see no reason why enforcement officers should always be legally required to consider it when determining a request for deferral pending the disposition of PRRA litigation.

[40] Consequently, in my opinion, the enforcement officer in the present case could refuse to defer Mr. Shpati's removal from Canada without considering the implications of *Perez*, especially since the submissions made to the officer on Mr. Shpati's behalf made no mention of *Perez* and the potential mootness of the pending applications for leave and for judicial review. Potential mootness is a consideration that the Federal Court is better placed to take into account when weighing all the factors relevant under the tripartite test for determining a motion for a judicial stay.

judiciaire d'une décision d'ERAR défavorable. En conséquence, on ferait preuve d'un formalisme excessif en insistant pour que les agents en fassent chaque fois mention dans leurs motifs comme condition préalable à la validité de leur décision.

[38] En second lieu, le caractère potentiellement théorique de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente découlant du renvoi du demandeur ne cause pas nécessairement un préjudice irréparable au demandeur au sens du critère à trois volets justifiant l'octroi d'un sursis judiciaire (*El Ouardi c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 42, au paragraphe 8; *Palka c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2008 CAF 165, au paragraphe 20). Toutefois, la décision par laquelle le juge de première instance a fait droit à la requête en sursis de M. Shpati semble avoir donné lieu à des opinions divergentes en Cour fédérale (voir les paragraphes 37 à 40 des motifs de la décision faisant l'objet du présent appel).

[39] Si donc le caractère théorique ne constitue pas en soi un préjudice irréparable au sens du critère à trois volets régissant l'octroi d'un sursis au renvoi, je ne vois aucune raison pour laquelle les agents d'exécution devraient toujours être légalement obligés d'en tenir compte lorsqu'ils se prononcent sur une demande de report en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'un litige relatif à une décision d'ERAR.

[40] En conséquence, j'estime qu'en l'espèce, l'agent d'exécution pouvait refuser de reporter le renvoi du Canada de M. Shpati sans tenir compte des incidences de l'arrêt *Perez*, d'autant plus que les observations qui lui avaient été soumises au nom de M. Shpati ne faisaient nullement mention de cet arrêt et du caractère potentiellement théorique des demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire pendantes. Le caractère potentiellement théorique est un élément que la Cour fédérale est mieux en mesure d'examiner lorsqu'elle pondère l'ensemble des facteurs relatifs au critère à trois volets pour statuer sur une requête en sursis judiciaire.

Issue 3: When determining a request for removal, is an enforcement officer required to consider the risk to the applicant if his removal were not deferred pending the disposition of PRRA litigation?

[41] As already noted, the officer rejected Mr. Shpati's argument on risk by pointing out that the Board had rejected his claim for refugee status, a decision upheld by the Federal Court, and that his PRRA application had also been dismissed. The officer further stated that he was refusing to defer on the ground of risk because Mr. Shpati had produced no evidence of some new (that is, post-PRRA) risk to which he would be exposed if returned to Albania. I infer from this that if Mr. Shpati had such evidence, the officer would have considered whether it warranted deferral and exercised his discretion accordingly.

[42] In my view, this is an accurate statement of the law. It is consistent with the position adopted by this Court in *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311 (*Baron*). *Baron* concerned an enforcement officer's power to defer removal pending the determination of an H&C application. The present case is analogous to *Baron* in that there is no statutory stay of removal pending the determination of either an H&C application or a judicial review application with respect to a negative PRRA.

[43] In *Baron* (at paragraph 51), Justice Nadon indicated the kinds of new risk that an enforcement officer may consider when deciding whether to defer a removal. Paraphrasing Justice Pelletier, then of the Federal Court, in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, also a case dealing with a request to an enforcement officer for a deferral pending the determination of an H&C application, Justice Nadon said:

Question 3 : Lorsqu'il examine une demande de renvoi, l'agent d'exécution doit-il tenir compte du risque auquel le demandeur serait exposé si son renvoi n'était pas reporté en attendant qu'une décision soit rendue au sujet du litige relatif à une décision d'ERAR?

[41] Comme nous l'avons déjà signalé, l'agent a rejeté l'argument formulé par M. Shpati au sujet des risques en soulignant que la Commission avait rejeté sa demande d'asile et que la Cour fédérale avait confirmé cette dernière décision, et que sa demande d'ERAR avait également été rejetée. L'agent a également déclaré qu'il refusait de reporter le renvoi sur le fondement des risques parce que M. Shpati n'avait produit aucun élément de preuve démontrant l'existence d'un nouveau risque (survenu depuis l'ERAR) auquel il serait exposé s'il retournait en Albanie. J'en déduis que, si M. Shpati avait présenté de nouveaux éléments de preuve, l'agent se serait demandé si ces éléments de preuve justifiaient un report et qu'il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire en conséquence.

[42] À mon avis, il s'agit là d'un énoncé exact du droit. Cet énoncé de l'état du droit s'accorde avec la position adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311 (*Baron*). L'affaire *Baron* portait sur le pouvoir d'un agent d'exécution de reporter le renvoi en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande CH. La présente affaire est analogue à l'affaire *Baron* en ce sens que la loi ne prévoit pas de sursis à l'exécution de la mesure de renvoi en attendant qu'une décision soit rendue au sujet d'une demande CH ou d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision d'ERAR défavorable.

[43] Dans l'arrêt *Baron*, le juge Nadon explique (au paragraphe 51) le type de nouveaux risques dont l'agent d'exécution peut tenir compte pour décider de l'opportunité de reporter ou non un renvoi. Paraphrasant les propos tenus par le juge Pelletier, maintenant juge à la Cour d'appel fédérale, dans la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, une affaire qui portait également sur une demande soumise à un agent

– In order to respect the policy of the Act which imposes a positive obligation on the Minister, while allowing for some discretion with respect to the timing of a removal, deferral should be reserved for those applications where failure to defer will expose the applicant to the risk of death, extreme sanction or inhumane treatment. With respect to H&C applications, absent special considerations, such applications will not justify deferral unless based upon a threat to personal safety. [Emphasis in original.]

[44] When, as in the present appeal, an officer is requested to defer removal after a negative PRRA, any risk relied on must have arisen after the PRRA. In addition to new risk of harm, other personal exigencies have been held to warrant a deferral because removal at that time would not be reasonably practicable: see, for example, *Simoes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2000 CanLII 15668, 187 F.T.R. 219 (F.C.T.D.), at paragraph 12; *Ramada v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FC 1112, 53 Imm. L. R. (3d) 74, at paragraph 3 (requests for deferral pending H&C decisions).

[45] It is not possible to provide a complete list of the considerations capable of rendering removal not “reasonably practicable”. However, both the primary statutory duty to remove, and the language chosen by Parliament to confine enforcement officers’ discretion (« les circonstances le permettent » in the French version of the text), indicate that the range is relatively narrow. Their functions are limited, and deferrals are intended to be temporary. Enforcement officers are not intended to make, or to remake, PRRAs or H&C decisions.

[46] In response to the above analysis, Mr. Shpati argues that enforcement officers must be able to defer removal on the basis that a pending application for leave and for judicial review was made in good faith.

d’exécution en vue d’obtenir un report en attendant qu’une demande CH soit tranchée, le juge Nadon déclare ce qui suit :

– Pour respecter l’économie de la Loi, qui impose une obligation positive au ministre tout en lui accordant une certaine latitude en ce qui concerne le choix du moment du renvoi, l’exercice du pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi devrait être réservé aux affaires où le défaut de le faire exposerait le demandeur à un risque de mort, de sanctions excessives ou de traitement inhumain. Pour ce qui est des demandes CH, à moins qu’il n’existe des considérations spéciales, ces demandes ne justifient un report que si elles sont fondées sur une menace à la sécurité personnelle. [Souligné dans l’original.]

[44] Lorsque, comme c’est le cas dans le présent appel, un agent est appelé à différer un renvoi après qu’une décision d’ERAR négative a été rendue, les risques invoqués doivent être survenus depuis le prononcé de la décision d’ERAR. Outre les nouveaux risques d’être exposé à un danger, il a été jugé que certaines circonstances personnelles impérieuses pouvaient justifier un report lorsqu’elles ne permettraient pas le renvoi à ce moment précis (voir, par exemple, *Simoes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2000 CanLII 15668 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 12; *Ramada c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CF 1112, au paragraphe 3 (demandes de report en attendant une décision sur une demande CH)).

[45] Il est impossible de dresser une liste complète des facteurs susceptibles d’empêcher d’exécuter le renvoi « dès que les circonstances le permettent ». Toutefois, l’obligation légale fondamentale de procéder au renvoi et les mots employés par le législateur pour encadrer le pouvoir discrétionnaire des agents (notamment le recours à l’expression « les circonstances le permettent » dans la version française du texte) indiquent que la marge de manœuvre est relativement limitée. Les agents d’exécution disposent de peu de latitude et les reports sont censés être temporaires. Les agents d’exécution ne sont pas censés se prononcer sur les demandes d’ERAR ou de CH ou rendre de nouvelles décisions à ce sujet.

[46] En réponse à l’analyse qui précède, M. Shpati soutient que les agents d’exécution doivent être en mesure de reporter un renvoi dans les cas où une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire en instance a été

Otherwise, he says, applicants would be effectively denied the benefit of the statutory right of judicial review conferred by section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)], because PRRA litigation is potentially moot after their removal. He says that the right to apply for judicial review of a decision of a “federal board, commission or other tribunal” under section 18.1 includes decisions of an enforcement officer under section 48 [of the IRPA]. In addition, the judicial review provisions in IRPA, section 72 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] apply to all decisions taken under the Act.

[47] This may have been what the Judge had in mind when he said (at paragraph 42) :

Although an application for leave and for judicial review of a negative PRRA does not automatically result in a stay, I find it difficult to accept that Parliament intended that it was “reasonably practicable,” for an enforcement officer, who is not trained in these matters, to deprive an applicant of the very recourse Parliament had given him.

[48] I do not agree with this argument. First, because good faith in this context is a very low threshold, a deferral would tend to be granted in most cases where an applicant had made an application for judicial review of a negative PRRA. The adoption of Mr. Shpati’s argument would be almost tantamount to providing a statutory stay on removal in a situation which is not one of those expressly provided by the IRPA, and would therefore be inconsistent with the scheme enacted by Parliament and section 48 in particular.

[49] Second, the fact that an individual’s removal renders PRRA litigation potentially moot does not abrogate that person’s right under section 18.1 to make an application for judicial review of the enforcement officer’s refusal to defer because the Court may exercise its discretion to hear the matter despite its mootness. Nonetheless, removal does make it more difficult for an

présentée de bonne foi, à défaut de quoi, prétend-il, les demandeurs se verraient effectivement privés de la possibilité de se prévaloir du droit légal de demander un contrôle judiciaire que leur confère l’article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], du fait que le litige relatif à une décision d’ERAR risque de devenir théorique après leur renvoi. M. Shpati fait valoir que le droit de demander le contrôle judiciaire d’une décision rendue par un « office fédéral » au sens de l’article 18.1 englobe les décisions des agents d’exécution visées à l’article 48 [de la LIPR]. De plus, les dispositions de l’article 72 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la LIPR relatives au contrôle judiciaire s’appliquent à toutes les décisions prises en vertu de cette loi.

[47] C’est peut-être ce à quoi songeait le juge de première instance lorsqu’il a déclaré, au paragraphe 42 :

Bien qu’une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire à l’égard d’une décision défavorable quant à l’ERAR ne donne pas automatiquement lieu à l’octroi d’un sursis, j’estime difficile d’admettre que le législateur ait entendu que « dès que les circonstances le permettent », un agent d’exécution, qui n’a pas acquis une formation en la matière, puisse priver un demandeur du recours même qu’il lui avait accordé.

[48] Je ne souscris pas à cet argument. Tout d’abord, comme la bonne foi constitue, dans ce contexte, une condition très peu exigeante, le report serait accordé presque systématiquement chaque fois qu’un demandeur a introduit une demande de contrôle judiciaire d’une décision d’ERAR négative. Retenir l’argument de M. Shpati reviendrait presque à reconnaître que la loi permet de surseoir à l’exécution d’une mesure de renvoi dans un cas qui n’est pas expressément prévu par la LIPR, ce qui irait à l’encontre du régime instauré par le législateur, notamment à l’article 48.

[49] En second lieu, la possibilité que le renvoi de l’intéressé rende un litige en matière d’ERAR théorique n’a pas pour effet de porter atteinte au droit que possède cette personne en vertu de l’article 18.1 de présenter une demande de contrôle judiciaire du refus de l’agent d’exécution de différer son renvoi, étant donné que la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire et décider

applicant to obtain redress. However, the answer to this is that an applicant can always apply to the Federal Court for a stay of removal pending the disposition of the judicial review application.

[50] Hence, limiting the scope of the enforcement officer's discretion in the manner set out in these reasons does no violence to the integrity of the Federal Court's jurisdiction under section 18.1 and accords with the policy of the IRPA that foreign nationals must leave Canada immediately after a departure order becomes enforceable and that the order must be executed as soon as is reasonably practicable.

[51] The Federal Court can often consider a request for a stay more comprehensively than an enforcement officer can a deferral. This may result in a degree of bifurcation between the Federal Court and enforcement officers. However, in my opinion, it is the decision-making scheme that Parliament has enacted.

F. CONCLUSIONS

[52] For the above reasons, I would allow the Minister's appeal, dismiss Mr. Shpati's application for judicial review, and answer the certified questions as follows:

Question 1: When a foreign national has a negatively determined PRRA, has filed an application for leave and judicial review of that PRRA decision, but continues to maintain the same allegation of risk in a request to defer removal, does an enforcement officer have the discretion to defer removal on that basis alone or must a judicial stay based on the PRRA application

d'entendre l'affaire malgré son caractère théorique. Certes, il est plus difficile pour un demandeur d'obtenir réparation en cas de renvoi. Toutefois, la réponse à cet argument est qu'un demandeur peut toujours demander à la Cour fédérale de surseoir à l'exécution de sa mesure de renvoi en attendant qu'une décision soit rendue sur sa demande de contrôle judiciaire.

[50] Restreindre la portée du pouvoir discrétionnaire de l'agent d'exécution de la manière exposée dans les présents motifs n'a donc pas pour effet de porter atteinte à l'intégrité de la compétence que l'article 18.1 confère à la Cour fédérale. Cette façon de voir s'accorde également avec la volonté exprimée par le législateur dans la LIPR, à savoir d'une part que les ressortissants étrangers doivent quitter le Canada sans délai dès qu'une mesure d'interdiction de séjour devient exécutoire et d'autre part que cette mesure doit être appliquée dès que les circonstances le permettent.

[51] Il n'est pas rare que la Cour fédérale puisse procéder à un examen plus approfondi dans le cadre d'une demande de sursis que ne peut le faire un agent d'immigration dans le cadre d'une demande de report. Cette situation peut se traduire par un certain fractionnement entre la Cour fédérale et les agents d'exécution. J'estime toutefois que c'est bel et bien le mécanisme décisionnel que le législateur a choisi.

F. DISPOSITIF

[52] Pour les motifs que j'ai exposés, je suis d'avis de faire droit à l'appel du ministre, de rejeter la demande de contrôle judiciaire de M. Shpati et de répondre comme suit aux questions certifiées :

Question 1 : Lorsqu'un étranger fait l'objet d'une décision d'ERAR défavorable, a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de cette décision d'ERAR, mais qu'il continue de faire valoir la même allégation de risque dans une demande de report de renvoi, un agent d'exécution a-t-il le pouvoir discrétionnaire de reporter le renvoi selon ce seul motif ou un sursis judiciaire

for leave and for judicial review be sought in Federal Court?

s'appuyant sur la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire à l'encontre de la décision d'ERAR devrait-il être sollicité auprès de la Cour fédérale?

Answer: An enforcement officer may temporarily defer removal when the foreign national provides evidence that events after the PRRA expose the applicant to a risk of serious personal harm if returned. Otherwise, the applicant may seek a judicial stay in the Federal Court.

Réponse : L'agent d'exécution peut temporairement différer le renvoi lorsque le ressortissant étranger lui soumet des éléments de preuve tendant à démontrer que des faits survenus depuis l'ERAR l'exposent à un préjudice personnel grave en cas de renvoi. Sinon, le demandeur peut s'adresser à la Cour fédérale pour obtenir un sursis judiciaire.

Question 2: Does the potential mootness of an applicant's PRRA litigation upon removal warrant a deferral of removal pending resolution of this same litigation?

Question 2 : Le caractère potentiellement théorique du litige d'un demandeur visant la décision d'ERAR lors de son renvoi justifie-t-il de reporter le renvoi en attendant l'issue de ce même litige?

Answer: The potential mootness of an applicant's PRRA litigation does not, in and of itself, warrant a deferral of removal.

Réponse : Le caractère potentiellement théorique du litige relatif à une décision d'ERAR ne justifie pas en soi le report d'un renvoi.

SEXTON J.A.: I agree.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je suis d'accord.

STRATAS J.A.: I agree.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.

	2010 FCA 220 A-519-07	2010 CAF 220 A-519-07
Shaw Cablesystems G.P. (Applicant)		Shaw Cablesystems G.P. (demanderesse)
v.		c.
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Respondent)		Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (défenderesse)
and		et
CMRRA-SODRAC Inc. (Intervener)		CMRRA-SODRAC Inc. (intervenante)
	A-520-07	A-520-07
Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., and TELUS Communications Company (Applicants)		Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications (demandereses)
v.		c.
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (Respondent)		Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (défenderesse)
and		et
CMRRA-SODRAC Inc. (Intervener)		CMRRA-SODRAC Inc. (intervenante)
INDEXED AS: SHAW CABLESYSTEMS G.P. v. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA		RÉPERTORIÉ : SHAW CABLESYSTEMS G.P. c. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE
Federal Court of Appeal, Létourneau, Nadon and Pelletier J.J.A.—Montréal, May 3; Ottawa, September 2, 2010.		Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Nadon et Pelletier, J.C.A.—Montréal, 3 mai; Ottawa, 2 septembre 2010.
<i>Copyright — Infringement — Judicial review of Copyright Board of Canada decision finding downloading of music files communication to public by telecommunication, subject to tariff setting out royalties for such communications — Applicants providing download access to music files, streams — Whether individual transmissions of musical works communication to public by telecommunication within meaning of Copyright Act, s. 3(1)(f) — Board finding reasonable — Communication public if intention of communicator, reception by one member of public present — CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada (S.C.C.) not foreclosing</i>		<i>Droit d'auteur — Violation — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à leur communication au public par télécommunication et que ce téléchargement est assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication — Les demandereses permettent le téléchargement de fichiers de musique ou des transmissions en continu — Il s'agissait de savoir si les transmissions individuelles d'œuvres musicales constituent une communication au public par télécommunication au sens de l'art. 3(1)f) de la Loi sur le droit</i>

possibility of communication to the public one person at a time — Board correctly identifying intention as critical factor by identifying public as target group — Applications dismissed.

These were applications for judicial review of the decision by the Copyright Board of Canada finding that downloading music files is the communication of those files to the public by telecommunication and thus subject to a tariff setting out the royalties payable for such communications.

The applicants provide online music services on Web sites from which consumers can download music files or streams. The Board relied on the Supreme Court's caveat in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) that multiple transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright.

At issue was whether the transmission of a musical work to an individual by an online music service is a communication of that work to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act*.

Held, the applications should be dismissed.

It was reasonable for the Board to find that a download of a musical file from an online music service to a single user is a communication of that file to the public by telecommunication. There is a communication to the public when it is the intention of the communicator to do so and the communication is received by at least one member of the public. In *CCH*, the Supreme Court's conclusion that a single transmission of a single copy to a single individual (i.e. point-to-point communication) is not a communication to the public was made in a context where there was no evidence of an intention to communicate to the public. This finding does not foreclose the possibility that one could communicate to the public one person at a time, each transmission occurring within the framework of an intention to communicate to the public. The Board correctly identified intention as a critical factor by identifying the target group for the downloads as the public.

d'auteur — La conclusion de la Commission était raisonnable — Il y a communication au public lorsque la personne qui communique a l'intention d'agir ainsi et qu'il y a réception de la communication par au moins un membre du public — L'arrêt CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada (C.S.C.) n'exclut pas la possibilité que l'on puisse communiquer au public en s'adressant à une personne à la fois — La Commission a indiqué à juste titre que l'intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public — Demandes rejetées.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à la communication de ces fichiers au public par télécommunication et que ce téléchargement est donc assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication.

Les demanderesse permettent aux consommateurs d'accéder à des sites Web de services de musique en ligne à partir desquels ils peuvent télécharger des fichiers de musique ou des transmissions en continu. La Commission s'est appuyée sur la mise en garde formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) selon laquelle les transmissions multiples d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourraient constituer une communication au public et violer le droit d'auteur.

La question à trancher était celle de savoir si la transmission d'une œuvre musicale à une personne au moyen d'un service de musique en ligne constitue une communication de cette œuvre au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

Arrêt : les demandes doivent être rejetées.

Il était raisonnable de la part de la Commission de conclure que le téléchargement d'un fichier musical à partir d'un service de musique en ligne vers un seul utilisateur est une communication au public par télécommunication. Il y a communication au public lorsque la personne qui communique a l'intention d'agir ainsi et qu'il y a réception de la communication par au moins un membre du public. Dans l'arrêt *CCH*, la conclusion de la Cour suprême portant qu'une seule transmission d'une seule copie à une seule personne (soit une communication point à point) n'est pas une communication au public a été prise dans un contexte où rien n'indique que la personne qui a communiqué avait l'intention de communiquer au public. Cette conclusion n'exclut pas la possibilité que l'on puisse communiquer au public en s'adressant à une personne à la fois, chaque transmission survenant dans un cadre fondé sur l'intention de communiquer au

Also, given the online music service's intended market, every transmission is a communication to the public. As a result, there is no need to define quantitatively the boundary between private communications and communications to the public.

public. La Commission a indiqué à juste titre que l'intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public. De plus, compte tenu du marché visé des services de musique en ligne, chaque transmission constitue une communication au public. En conséquence, il n'est pas nécessaire de définir quantitativement les limites entre les communications privées et les communications au public.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2 “musical work” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53), 3(1)(f) (as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3).

CASES CITED

APPLIED:

CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1, affg 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, 212 D.L.R. (4th) 385, 18 C.P.R. (4th) 161, affg [2000] 2 F.C. 451, (1999), 179 D.L.R. (4th) 609, 2 C.P.R. (4th) 129 (T.D.); *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, 290 D.L.R. (4th) 753, 64 C.P.R. (4th) 343.

DISTINGUISHED:

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al., [1968] S.C.R. 676, (1968), 68 D.L.R. (2d) 98, 55 C.P.R. 132; *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115, (1993), 99 D.L.R. (4th) 216, 46 C.P.R. (3d) 343 (C.A.); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138, (1993), 46 C.P.R. (3d) 359, 151 N.R. 59 (C.A.).

CONSIDERED:

SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17) (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Copyright Board of Canada, available online at: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.).

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « œuvre musicale » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53), 3(1)(f) (mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, confirmant 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, confirmant [2000] 2 C.F. 451 (1^{re} inst.); *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al., [1968] R.C.S. 676; *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17) (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>>); *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1991] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.); *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.).

REFERRED TO:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1, revg in part 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 9 C.P.R. (4th) 289; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

APPLICATIONS for judicial review of the Copyright Board of Canada's decision (*SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Online Music Services) for the years 1996-2006* (2007), 61 C.P.R. (4th) 353 (Copyright Board of Canada, available online at: <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>)) that downloading music files is the communication of those files to the public by telecommunication and thus subject to a tariff setting out the royalties payable for such communications. Applications dismissed.

APPEARANCES

Gerald L. Kerr-Wilson and *Anne A. Ko* for applicants Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. and TELUS Communications Company.
Gilles Marc Daigle and *D. Lynne Watt* for respondent.
Casey M. Chisick and *J. D. Timothy Pinos* for intervenor.

SOLICITORS OF RECORD

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Ottawa, for applicants Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. and TELUS Communications Company.
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent.
Cassels Brock & Blackwell LLP, Toronto, for intervenor.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

DÉCISIONS CITÉES :

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, infirmant en partie 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1.

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision (*SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006* (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <<http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/2007/20071018-m-e.pdf>>)) par laquelle la Commission du droit d'auteur du Canada a statué que le téléchargement de fichiers de musique est assimilable à la communication de ces fichiers au public par télécommunication et que ce téléchargement est donc assujéti au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communication. Demandes rejetées.

ONT COMPARU

Gerald L. Kerr-Wilson et *Anne A. Ko* pour les demanderessees Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications.
Gilles Marc Daigle et *D. Lynne Watt* pour la défenderesse.
Casey M. Chisick et *J. D. Timothy Pinos* pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les demanderessees Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc. et Société TELUS Communications.
Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la défenderesse.
Cassels Brock & Blackwell LLP, Toronto, pour l'intervenante.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

INTRODUCTION

[1] These applications are among a number of applications for judicial review arising out of the Copyright Board's (the Board) decisions relating to the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada's (SOCAN) application for a tariff with respect to, broadly speaking, the performance and communication of musical works on, or by means of, the Internet. The issue in this application is, simply put, whether the transmission of a musical work to an individual by an online music service is a communication of that work to the public by telecommunication within the meaning of paragraph 3(1)(f) [as am. by S.C. 1988, c. 65, s. 62; 1997, c. 24, s. 3] of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act). The Board found that they were, a reasonable conclusion, in my view, and as a result, I would dismiss each application for judicial review.

[2] Substantially the same arguments as to whether downloads or streams were communications to the public were made in each of these applications. These reasons will apply to each application and a copy will be placed on each file.

THE FACTS

[3] The applicants, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc. and TELUS Communications Company are all Internet service providers, that is, they provide consumers with a means of becoming part of the network of networks which is the Internet. Persons who have an Internet account with the applicants are able to access online music services' Web sites from which they can download music files (or streams) to their computers. The applicant Puretracks Inc. is a musical download service.

[4] The respondent SOCAN is a collective society which administers in Canada performing rights and right

INTRODUCTION

[1] Les présentes demandes s'inscrivent dans un ensemble de demandes de contrôle judiciaire découlant des décisions de la Commission du droit d'auteur (la Commission) concernant la demande d'homologation de tarif de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN) à l'égard, *grosso modo*, de l'exécution et de la communication d'œuvres musicales sur Internet ou au moyen d'Internet. La Cour est uniquement appelée en l'espèce à rechercher si la transmission d'une œuvre musicale à une personne au moyen d'un service de musique en ligne constitue une communication de cette œuvre au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) [mod. par L.C. 1988, ch. 65, art. 62; 1997, ch. 24, art. 3] de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi). La Commission a conclu par l'affirmative, ce qui est raisonnable selon moi et, par conséquent, je rejetterais chacune des demandes de contrôle judiciaire.

[2] On a essentiellement avancé les mêmes arguments dans chacune des demandes quant à la question de savoir si les téléchargements ou les transmissions en continu constituent des communications au public. Les présents motifs vaudront pour chacune des demandes et copie en sera versée dans chacun des dossiers.

LES FAITS

[3] Les demanderesse, Shaw Cablesystems G.P., Bell Canada, Rogers Communications Inc., et la Société TELUS Communications sont toutes des fournisseurs de services Internet; c'est-à-dire qu'elles fournissent aux consommateurs un moyen de faire partie du réseau des réseaux, c'est-à-dire Internet. Les personnes ayant un compte Internet avec les demanderesse peuvent accéder à des sites Web de services de musique en ligne à partir desquels elles peuvent télécharger des fichiers de musique (ou des transmissions en continu) vers leurs ordinateurs. Puretracks Inc., demanderesse, offre des services de téléchargement musical.

[4] La SOCAN, défenderesse, est une société collective qui gère au Canada le droit d'exécution et de

to communicate musical works to the public by telecommunication. The intervener (CMRRA-SODRAC Inc.) is a collective society which administers the right to reproduce protected musical works in Canada. For all intents and purposes, the intervener supports the position taken by SOCAN. As a result, references to SOCAN should be taken as a reference to the respondents and the intervener.

[5] The basic facts which underlie the legal issue raised by this case are not in dispute. It is common ground that online music services operate Web sites on servers which are accessible from the Internet from which consumers can download music files or streams from those sites to their own computers or mobile devices. A download is transmission of a file which is reconstituted on the hard drive of the recipient computer and which may then be played, while a stream is a download which is meant to be played as it is received and then erased from the computer's hard drive. The Supreme Court has held that such a file is communicated when it is recreated on the recipient computer and that such a communication is a communication by telecommunication: see *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 (*SOCAN v. CAIP*), at paragraphs 42 and 45. The only question is whether such a communication is a communication of the work to the public by telecommunication.

THE DECISION UNDER REVIEW

[6] The decision under review was issued October 18, 2007 under the title of reasons for the decision certifying *SOCAN – Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) for the years 1996-2006*. I shall refer to it as the *Tariff 22.A* decision.

[7] The *Tariff 22.A* decision was the second part of a two-stage process arising out of SOCAN's request for the certification of a tariff for the communication of musical works over the Internet. The Board decided to issue a first decision which was limited to certain

communication des œuvres musicales au public par télécommunication. L'intervenante, CMRRA-SODRAC Inc., est une société collective qui gère le droit de reproduction des œuvres musicales protégées au Canada. À tous égards, l'intervenante appuie la thèse avancée par la SOCAN. Par conséquent, en l'espèce, l'emploi de l'acronyme SOCAN constitue un renvoi à la défendresse ainsi qu'à l'intervenante.

[5] Les faits essentiels qui ont donné lieu à la présente controverse juridique sont constants. Il est bien établi que les services de musique en ligne exploitent des sites Web sur des serveurs accessibles par Internet à partir desquels les consommateurs peuvent télécharger des fichiers de musique ou des transmissions en continu vers leurs propres ordinateurs ou appareils portables. Le téléchargement consiste en la transmission d'un fichier qui est reproduit sur le disque dur de l'ordinateur du destinataire et qui peut ensuite être lu, alors que la transmission en continu consiste en un téléchargement conçu pour être lu tel qu'il est reçu et ensuite effacé du disque dur de l'ordinateur. La Cour suprême enseigne que ce genre de fichier est communiqué lorsqu'il est recréé sur l'ordinateur du destinataire et que ce genre de communication constitue une communication par télécommunication : voir *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 (*SOCAN c. ACFI*), aux paragraphes 42 et 45. La seule question soulevée en l'espèce est celle de savoir si ce genre de communication constitue une communication de l'œuvre au public par télécommunication.

LA DÉCISION ATTAQUÉE

[6] La décision attaquée a été rendue le 18 octobre 2007 sous l'intitulé suivant: *SOCAN – Tarif 22.A (Internet – Services de musique en ligne) pour les années 1996 à 2006*. Je l'appellerai la décision concernant le tarif 22.A.

[7] La décision concernant le tarif 22.A constituait la deuxième partie d'un processus comportant deux étapes résultant de la demande d'homologation du tarif pour la communication d'œuvres musicales sur Internet présentée par la SOCAN. La Commission a décidé de rendre

legal and jurisdictional issues which it was called upon to decide in dealing with SOCAN's application. That first decision was issued on October 27, 1999 [*SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)*] (the *Tariff 22* decision). In that decision, the Board dealt at length with questions such as whether downloading a file from the Internet was a communication, whether such communications were communications by telecommunication and whether those communications were communications to the public.

[8] While the *Tariff 22* decision was challenged in this Court (*Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3 (*SOCAN v. CAIP*)), and in the Supreme Court, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, the issues raised by this application were not considered in those proceedings even though many of the applicants in the present application, or their proxies, were parties to the challenge to the *Tariff 22* decision.

[9] In its *Tariff 22.A* decision, the Board returned to some of the issues considered in the *Tariff 22* decision when it identified the following question as the first issue which it must decide (*Tariff 22.A* decision, at paragraph 84):

1. Is the transmission of a download a communication to the public by telecommunication within meaning of paragraph 3(1)(f) of the [*Copyright Act*]

In disposing of this question, the Board articulated a number of propositions found in the jurisprudence. First, it said, the transmission of a download over the Internet communicates the content of download, and the content is communicated even if it is not used or heard at the time of the transmission: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 94.

une première décision se limitant aux questions de droit et de compétence sur lesquelles elle était appelée à statuer par la demande de la SOCAN. Cette première décision a été rendue le 27 octobre 1999 [*SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17)*] (la décision concernant le tarif 22). Dans cette décision, la Commission a examiné en détail un certain nombre de questions, par exemple, celles de savoir si le téléchargement d'un fichier à partir d'Internet constituait une communication, si ce genre de communications constituait une communication par télécommunication et si ces communications équivalaient à des communications au public.

[8] Bien que la décision concernant le tarif 22 ait été attaquée devant notre Cour (*Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3 (*SOCAN c. ACFI*)) et devant la Cour suprême (2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427), les questions soulevées en l'espèce n'ont pas été examinées dans le cadre de ces procédures même si bon nombre des demanderessees dans la présente demande, ou leurs mandataires, étaient parties à celles-ci.

[9] Dans sa décision concernant le tarif 22.A, la Commission est revenue sur certaines questions examinées dans la décision concernant le tarif 22 lorsqu'elle a décidé qu'elle était appelée à se prononcer en premier lieu sur la question suivante (décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 84) :

1. La transmission d'un téléchargement est-elle une communication au public par télécommunication au sens de l'alinéa 3(1)f) de la *Loi [sur le droit d'auteur]*?

Pour se prononcer sur cette question, la Commission a formulé un certain nombre de principes puisés dans la jurisprudence. Premièrement, elle a dit que la transmission d'un téléchargement sur Internet communique le contenu du téléchargement, et le contenu est communiqué même s'il n'est pas utilisé ou écouté au moment de la transmission : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 94.

[10] The Board went on to declare that there was no valid distinction, for purposes of this question, between downloads and streams. It follows, then, that the download of a stream is also a communication of the content of the stream: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 96.

[11] Second, the Board held that the transmission of a download to a member of the public is a communication to the public. The Board's conclusion is stated as follows: "One or more transmissions of the same work, over the Internet, by fax or otherwise, to one or more members of a public each constitute[s] a communication to the public": see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 97. The Board noted that downloads are "targeted at an aggregation of individuals", a phrase drawn from this Court's decision in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213 (*CCH* (F.C.A.)), at paragraph 100. The Board then referred to comments made by this Court and by the Supreme Court that "a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright": see *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH* (S.C.C.)), at paragraph 78 and, to the same effect, *CCH* (F.C.A.), at paragraph 101. The Board relied on these comments to conclude that a download of a file from an online music service was a communication of that file to the public: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 97.

[12] The Board rejected the argument that a communication to the public required an element of simultaneity, that is, the recipients of the communication must receive it at the same time. The Board held that the requirement of simultaneity was inconsistent with the Supreme Court's position that a series of transmissions of a work to multiple recipients might constitute a communication to the public.

[13] Third, the Board refused to credit the argument that Internet transmissions are just another form of delivery on the basis that "paragraph 3(1)(f) of the *Act* specifically targets communications *by telecommunication*"

[10] La Commission a ensuite dit que, en ce qui concerne cette question, on ne peut opérer de distinction entre le téléchargement et la transmission en continu. Ainsi, télécharger une transmission en continu revient à communiquer le contenu de cette transmission : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 96.

[11] Deuxièmement, la Commission a conclu que la transmission d'un téléchargement à un membre du public constitue une communication au public. La conclusion de la Commission est formulée en ces termes : « Une ou plusieurs transmissions de la même œuvre, sur Internet, par télécopieur ou autrement, à un ou plusieurs membres d'un public constituent chacune une communication au public » : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 97. La Commission a signalé que les téléchargements sont « destiné[s] à un groupe de personnes », citation provenant du paragraphe 100 de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213 (*CCH* (C.A.F.)). La Commission a ensuite cité les observations de notre Cour et de la Cour suprême selon lesquels « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur » : voir le paragraphe 78 de l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339 (*CCH* (C.S.C.)), et le paragraphe 101 de l'arrêt *CCH* (C.A.F.). La Commission s'est fondée sur ces observations pour conclure que télécharger un fichier à partir d'un service de musique en ligne revenait à le communiquer au public : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 97.

[12] La Commission a rejeté la thèse selon laquelle la communication au public exige un élément de simultanéité, c'est-à-dire que les destinataires de la communication doivent la recevoir en même temps. La Commission a conclu que l'exigence de simultanéité allait à l'encontre de la doctrine de la Cour suprême portant que la transmission répétée d'une œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public.

[13] Troisièmement, la Commission a rejeté la thèse selon laquelle la transmission sur Internet ne constitue qu'une autre forme de distribution, au motif que « l'alinéa 3(1)f) de la *Loi* vise expressément la communication

[emphasis in original; footnote omitted]: see *Tariff 22.A* decision, at paragraph 99. Thus the “delivery” of a musical work by telecommunication differs from the sale of a CD of the same work because the Act treats the two transactions differently.

[14] Finally, the Board rejected the argument that imposing a tariff on the communication of a work to the public by telecommunication amounted to double compensation. The rights of reproduction, performance and communication by telecommunication are distinct rights and subject to separate regimes.

[15] In summary, the Board found that downloads of music files from an Internet server to an individual computer amounted to the communication of that file to the public by telecommunication and thus were the proper subject for a tariff setting out the royalties payable for such communications.

THE POSITIONS OF THE PARTIES

[16] The applicants’ position, briefly stated, is that each download of a music file is a private communication between the operator of the online music service and an individual consumer. They say that such a private communication cannot become a communication to the public simply because, in an unrelated transaction, other consumers download the same work.

[17] Basing themselves on *CCH* (S.C.C.), they argue that this Court’s decision in *Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539 (*CWTA* or the *Ringtones* case) is, in effect, wrongly decided.

[18] The *CCH* case dealt with a range of issues in the law of copyright arising out of the Law Society of Upper Canada’s operation, through its Great Library, of a “custom photocopy service” by which legal materials

par télécommunication » [souligné dans l’original; note en bas de page omise] : voir la décision concernant le tarif 22.A, au paragraphe 99. Ainsi, la « distribution » par télécommunication d’une œuvre musicale se distingue de la vente d’un CD de la même œuvre parce que la Loi opère une distinction entre les deux opérations.

[14] Enfin, la Commission a rejeté la thèse selon laquelle l’imposition d’un tarif sur la communication d’une œuvre au public par télécommunication était assimilable à une double rémunération. Les droits de reproduction, d’exécution et de communication par télécommunication sont des droits distincts assujettis à des régimes distincts.

[15] En résumé, la Commission a conclu que le téléchargement de fichiers de musique à partir d’un serveur Internet vers un ordinateur individuel était assimilable à la communication de ceux-ci au public par télécommunication et qu’il convenait donc d’assujettir ces téléchargements au tarif établissant les redevances payables pour ce genre de communications.

LES THÈSES DES PARTIES

[16] En résumé, les demandresses soutiennent que chaque téléchargement d’un fichier de musique constitue une communication privée entre l’exploitant du service de musique en ligne et le consommateur. Elles soutiennent qu’une telle communication privée ne peut être assimilée à une communication au public simplement parce que, par opération distincte, d’autres consommateurs téléchargent la même œuvre.

[17] S’appuyant sur l’arrêt *CCH* (C.S.C.), elles soutiennent que l’arrêt *Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539 (*ACTSF* ou l’arrêt concernant les sonneries), de notre Cour est, en fin de compte, erroné.

[18] L’affaire *CCH* portait sur diverses questions relevant du droit d’auteur découlant de l’exploitation du Barreau du Haut-Canada, par l’intermédiaire de sa Grande bibliothèque, d’un « service de photocopie »

were reproduced and provided to members of the Law Society and other qualified recipients. Some of the works reproduced were copies of judicial decisions which had been supplemented by materials prepared by the publishers, e.g. headnotes. In some cases, the copied materials were forwarded to the requesting party by facsimile transmission. One of the issues in the case was whether such transmissions amounted to a communication to the public by telecommunication, within the meaning of paragraph 3(1)(f) of the Act which, for ease of reference I reproduce below:

Copyright
in works

3. (1) For the purposes of this Act, “copyright”, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

...

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

[19] Both the Federal Court, at paragraph 167 of its reasons reported at [2000] 2 F.C. 451 (T.D.) [*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*] and this Court, at paragraph 100 (Linden J.A.) and paragraph 242 (Rothstein J.A. [as he then was]) of its reasons, concluded that a communication emanating from a single point and intended to be received at a single point was not a communication to the public. The Supreme Court, at paragraph 78 of its reasons, agreed with the conclusion that “[t]he fax transmission of a single copy [of a work] to a single individual is not a communication to the public.”

[20] The applicants’ case rests entirely upon this finding in the *CCH* (S.C.C.) decision. SOCAN also relies upon the *CCH* (S.C.C.) case, as well as this Court’s decision in *CWTA*, in support of its position that downloads of a work are a communication of that work to the public.

dont le personnel remettait des copies d’ouvrages juridiques aux membres du Barreau et à d’autres destinataires admissibles. Parmi les œuvres reproduites figuraient des copies de décisions judiciaires enrichies de documents préparés par les éditeurs, p. ex. des sommaires. Dans certains cas, les documents reproduits étaient transmis par télécopieur à la partie qui en faisait la demande. Dans cette affaire, il fallait notamment rechercher si ces transmissions étaient assimilables à des communications au public par télécommunication, au sens de l’alinéa 3(1)f) de la Loi, lequel, pour plus de commodité, est reproduit ci-dessous :

Droit
d’auteur
sur l’œuvre

3. (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[...]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

[19] La Cour fédérale, au paragraphe 167 de ses motifs publiés sous la référence [2000] 2 C.F. 451 (1^{re} inst.) [*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*], et notre Cour, au paragraphe 100 (le juge Linden) et au paragraphe 242 (le juge Rothstein [maintenant juge à la Cour suprême]) de ses motifs, ont conclu que la communication provenant d’un seul point et destinée à n’atteindre qu’un seul point n’était pas une communication au public. La Cour suprême, au paragraphe 78 de ses motifs, a retenu la thèse selon laquelle « [t]ransmettre une seule copie [d’une œuvre] à une seule personne par télécopieur n’équivaut pas à communiquer l’œuvre au public ».

[20] Le raisonnement des demanderesse s’appuie entièrement sur cet enseignement de l’arrêt *CCH* (C.S.C.). La SOCAN, se fondant également sur l’arrêt *CCH* (C.S.C.), ainsi que sur l’arrêt *ACTSF* de notre Cour, soutient que le téléchargement d’une œuvre constitue la communication de cette œuvre au public.

[21] SOCAN relies upon the caveat which the Supreme Court added to the statement quoted above with respect to point-to-point communications. To put matters in context, I reproduce the entire paragraph with the portion upon which SOCAN relies highlighted (at paragraph 78):

I agree with these conclusions. The fax transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public. This said, a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright. However, there was no evidence of this type of transmission having occurred in this case. [Emphasis added.]

[22] The passage relating to repeated fax transmissions of the same work to numerous different individuals was given effect in the *CWTA* case. In that case, the issue was whether the download of ringtones from the wireless carrier's server to a consumer's telephone constituted a communication to the public of the ringtones, and was therefore subject to a tariff. This Court found that the transmission of the ringtones to the consumer was a communication, and that it was a communication to the public.

[23] Dealing with the Supreme Court's decision in *CCH* (S.C.C.), and in particular the paragraph quoted above, this Court said, at paragraph 35 of its reasons:

Based on this reasoning, it seems to me that in determining whether paragraph 3(1)(f) applies to the transmission of a musical work in the form of a digital audio file, it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[24] This Court then adopted the Board's reasoning in the decision under review to the effect that (*CWTA*, at paragraph 36):

[21] La SOCAN s'appuie sur la mise en garde formulée par la Cour suprême à la suite de son observation concernant les communications point à point. Pour situer les faits dans leur contexte, je reproduis intégralement ce paragraphe et souligne la partie sur laquelle s'appuie la SOCAN (au paragraphe 78) :

Je souscris à ces conclusions. Transmettre une seule copie à une seule personne par télécopieur n'équivaut pas à communiquer l'œuvre au public. Cela dit, la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur. Toutefois, aucune preuve n'a établi que ce genre de transmission aurait eu lieu en l'espèce. [Non souligné dans l'original.]

[22] L'observation concernant la transmission répétée par télécopieur de la même œuvre à de nombreux destinataires a été suivie dans l'arrêt *ACTSF*. Dans cette affaire, il fallait rechercher si le téléchargement de sonneries à partir du serveur d'une entreprise de télécommunications sans fil vers le téléphone d'un consommateur constituait une communication au public qui, dès lors, était assujettie au tarif. Notre Cour a conclu que la transmission des sonneries au consommateur constituait une communication et que cette communication constituait une communication au public.

[23] Examinant l'arrêt *CCH* (C.S.C.) de la Cour suprême et en particulier le paragraphe précédemment cité, notre Cour a fait l'observation suivante au paragraphe 35 de ses motifs :

Suivant ce raisonnement, il me semble que, pour déterminer si l'alinéa 3(1)(f) s'applique à la transmission d'une œuvre musicale sous forme de fichier audionumérique, il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[24] Notre Cour a ensuite adopté le raisonnement de la Commission dans la décision attaquée dans cette affaire (*ACTSF*, au paragraphe 36) :

Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[25] This Court distinguished the holding in the *CCH* (S.C.C.) case with respect to one-to-one transmissions by saying that there was no reason to believe that the Court had in mind a series of one-to-one communications to individuals who together comprise “a group that may fairly be described as the public, as in this case”: see *CWTA*, at paragraph 39.

[26] SOCAN relies upon this reasoning in supporting the Board’s decision in the *Tariff 22.A* decision.

THE STANDARD OF REVIEW

[27] The Board is a specialist tribunal which deals extensively with copyright matters. The Act is its home statute. It is therefore entitled to deference with respect to its interpretation of that Act: see *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54. The question in issue here is one of mixed fact and law. If the Board is entitled to deference on pure questions of laws, and it is entitled to deference with respect to findings of fact, it must necessarily be entitled to deference on questions of mixed fact and law involving the application of its home statute to the facts of a case.

ANALYSIS

[28] Two preliminary observations are in order before beginning my analysis.

[29] The first observation concerns a small body of jurisprudence dealing with what is a performance in public. Certain comments made in this jurisprudence

Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d’effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[25] Notre Cour n’a pas suivi la jurisprudence *CCH* (C.S.C.) en ce qui concerne les transmissions point à point en concluant qu’il n’y avait aucune raison de croire que la Cour avait à l’esprit une série de transmissions entre expéditeurs uniques et destinataires uniques, destinataires qui formeraient « un groupe qu’on pourrait légitimement considérer comme constituant le grand public, comme c’est le cas en l’espèce » : voir le paragraphe 39 de *ACTSF*.

[26] La SOCAN, se fondant sur ce raisonnement, appuie la décision concernant le tarif 22.A rendue par la Commission.

LA NORME DE CONTRÔLE

[27] La Commission est un tribunal spécialisé qui entend un grand nombre d’affaires de droit d’auteur. La Loi est sa loi habilitante. Il y a donc lieu de faire preuve de retenue à l’égard de son interprétation de ladite Loi : voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54. La question en cause en l’espèce est une question mixte de fait et de droit. S’il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard des seules questions de droit ainsi que des conclusions de fait de la Commission, il y a forcément lieu de faire preuve de retenue à l’égard des questions mixtes de fait et de droit relatives à l’application de sa loi habilitante aux faits d’une affaire.

ANALYSE

[28] Je ferai d’abord deux observations avant de commencer mon analyse.

[29] Ma première observation concerne un petit nombre d’autorités jurisprudentielles portant sur la définition de la notion d’« exécution en public ». Certaines

recur in cases dealing with the nature of a communication to the public. In my view, reliance upon that jurisprudence is not helpful.

[30] The jurisprudence includes cases such as *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] S.C.R. 676 (*CAPAC*); *CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.) (*CTV*); *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)*, [1993] 2 F.C. 138 (C.A.) (*CCTA*). These cases were decided at a time when the definition of “musical work” [s. 2 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53)] was “any combination of melody and harmony, or either of them, printed, reduced to writing or otherwise graphically produced or reproduced”. In simplistic terms, a musical work was the sheet music in which the work was described in musical notation. As a result, the Supreme Court decided in *CAPAC* that the microwave transmission of an audible version of a musical work was not a communication of the musical work by radio communication but rather a performance of the work. The issue then became whether such a performance was a performance in public. The Court found that it was not.

[31] This line of jurisprudence was pursued in *CTV* and in *CCTA*. In *CTV*, the issue was whether the communication of programs containing musical works by CTV to its affiliates who then broadcast them to the public amounted to a communication to the public by CTV. Since the Act had been amended since *CAPAC* was decided to substitute “communicate to the public by telecommunication” for “by radio communication”, SOCAN argued that the *CAPAC* decision was no longer good law. This Court disagreed since the definition of “musical work” had not changed so that the issue remained whether the transmission was a performance in public. This Court followed the Supreme Court’s decision in *CAPAC* and held that it was not.

observations formulées dans ces décisions sont reprises dans des décisions portant sur la nature de la « communication au public ». À mon sens, on ne saurait utilement s’inspirer de cette jurisprudence.

[30] On relève notamment les autorités suivantes: *Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.*, [1968] R.C.S. 676 (*CAPAC*); l’arrêt *Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.) (*CTV*); et l’arrêt *Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.) (*ACTC*). Ces décisions ont été rendues à l’époque où la notion d’« œuvre musicale » [art. 2 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53)] était définie comme suit : « Toute combinaison de mélodie et d’harmonie, ou l’une ou l’autre, imprimée, manuscrite, ou d’autre façon produite ou reproduite graphiquement. » Le profane aurait dit que l’œuvre musicale était la partition dans laquelle elle était décrite en notes de musique. Par conséquent, la Cour suprême a décidé, par l’arrêt *CAPAC*, que la transmission par micro-ondes d’une version sonore d’une œuvre musicale ne constituait pas une communication de l’œuvre au public par radio, mais plutôt une exécution de l’œuvre. Il a alors fallu rechercher si une telle exécution était une exécution en public. La Cour a répondu par la négative.

[31] Ce courant jurisprudentiel a été suivi dans les affaires *CTV* et *ACTC*. Dans l’affaire *CTV*, il fallait rechercher si la communication par CTV d’émissions comportant des œuvres musicales à ses stations affiliées qui les radiodiffusaient ensuite au public équivalait à une communication au public. La Loi a été modifiée suivant la reddition de l’arrêt *CAPAC* : l’expression « par radiocommunication » fut remplacée par l’expression « communiquer une œuvre au public par télécommunication »; la SOCAN a donc soutenu que la jurisprudence *CAPAC* n’était plus d’actualité. Notre Cour ne fut pas de cet avis puisque, la définition des mots « œuvre musicale » n’ayant pas changé, il fallait toujours rechercher si la transmission constituait une exécution en public. Notre Cour a suivi l’enseignement de l’arrêt *CAPAC* rendu par la Cour suprême et s’est prononcée par la négative.

[32] In *CCTA*, the issue was whether the transmission of non-broadcast services containing music (i.e. programming which does not originate from regular television broadcasting stations) to cable subscribers was a communication of the programming to the public. Following the same reasoning as *CTV*, this Court held that the transmission of the music contained in the programming was not a communication to the public of the musical work because the definition of “musical work” remained unchanged. This then left the issue of whether such transmissions amounted to a performance in public of those works.

[33] The difference between the *CTV* and *CCTA* cases is that in *CTV* as in *CAPAC* the transmissions in question were from *CTV* to its affiliated stations while in *CCTA* the transmissions were from the cable company’s head end to the homes of its many subscribers. This Court adopted the reasoning found in foreign jurisprudence which took “a realistic view of the impact and effect of technological developments”. It found that the transmission of programs directly to the homes of the cable subscribers was consistent with the plain and usual meaning of “in public” that is to say “openly, without concealment and to the knowledge of all”: see *CCTA*, at page 153.

[34] As noted, even though this jurisprudence deals with the meaning of “performance in public” as opposed to “communication to the public”, it has been invoked, by the Board and others, in cases involving the meaning of communication to the public. Two concepts have recurred with some frequency. The first is that of simultaneity, that is, a communication cannot be a communication to the public unless all recipients receive it more or less at the same time, as is the case in conventional broadcasting. This is drawn, by analogy, from the nature of a performance in public in which all members of the audience experience the work at the same time. The second recurring concept is that a communication to the public must be made “openly, without concealment and to the knowledge of all.”

[32] Dans l’affaire *ACTC*, la question était de savoir si la transmission de services autres que de radiodiffusion comportant de la musique (c.-à-d. les émissions dont le point d’origine n’est pas une station ordinaire de télévision) aux abonnés du câble constituait une communication de l’émission au public. Suivant l’enseignement de l’arrêt *CTV*, notre Cour a conclu que la transmission de la musique diffusée dans l’émission ne constituait pas une communication de l’œuvre musicale au public parce que la définition des mots « œuvre musicale » était demeurée inchangée. Ainsi, il restait alors à rechercher si ces transmissions constituaient l’exécution en public de ces œuvres.

[33] La distinction entre les faits de l’affaire *CTV* et ceux de l’affaire *ACTC* est la suivante: dans la première, comme dans l’affaire *CAPAC*, les transmissions en question étaient effectuées de *CTV* à ses stations affiliées, tandis que, dans la deuxième, les transmissions étaient effectuées du centre distributeur de l’entreprise de câblodistribution aux demeures de ses nombreux abonnés. Notre Cour a suivi l’enseignement de la jurisprudence étrangère, laquelle s’est prononcée « de manière réaliste quant aux effets de l’essor technologique ». Notre Cour a conclu que la transmission d’émissions effectuée directement aux demeures des abonnés correspondait au sens courant de l’expression « en public », c’est-à-dire « de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous » : voir *ACTC*, à la page 153.

[34] Comme je l’ai signalé, même si cette jurisprudence porte sur le sens de l’expression « exécution en public » plutôt que sur l’expression « communication au public », elle a été citée, par la Commission et d’autres organes juridictionnels, dans des affaires visant les communications au public. Deux notions reviennent plus ou moins régulièrement. La première est celle de la simultanéité, laquelle signifie qu’une communication ne peut équivaloir à une communication au public sauf si tous les destinataires la reçoivent plus ou moins en même temps, comme c’est le cas en radiodiffusion classique. Cette notion découle, par analogie, de la nature de l’exécution en public où tous les auditeurs écoutent l’œuvre en même temps. La deuxième notion qui s’est dégagée est que la communication au public doit être effectuée « de manière ouverte, sans dissimulation et au su de tous ».

[35] The transposition of the characteristics of a performance in public to a communication to the public is not helpful. The limited utility of the prior jurisprudence was the subject of comment in both sets of reasons in this Court's decision in *CCH*. At paragraph 99 of his reasons, Linden J.A. wrote:

Although two decisions of this Court have interpreted the current version of paragraph 3(1)(f), the reasons in those cases only discussed the communication right briefly, since the definition of a "musical work" [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 53] resolved the issues Both *CCTA* and *CTV 1993* dealt largely with the right to perform a work in public, and mentioned only that the phrase "to the public" is broader than "in public" (*CTV 1993*, at page 131; *CCTA*, at pages 148-149; see also *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.* (1997), 146 ALR 649 (Aust. H.C.)). The Trial Judge accepted this proposition (at paragraphs 165-167), however, the phrase "in public" is not at issue in this case. The fact that a communication made "in public" is likely also a communication made "to the public" is not determinative of the whether the Law Society communicates to the public.

At paragraph 243, Rothstein J.A. expressed a similar opinion:

Earlier versions of paragraph 3(1)(f) have been considered by Canadian courts, but these decisions are of little assistance because of significant amendments to this provision pursuant to S.C. 1988, c. 65, brought into force February 13, 1989, by SI/89-70. Prior to these amendments, the exclusive right set out in paragraph 3(1)(f) was to reproduce "in public" and was limited to communication by radio. The provision now applies to communications to the public by telecommunication. The few cases decided since 1989 only go so far as to conclude that "to the public" is a broader concept than the previous phrase "in public". . . . Thus, the jurisprudence both before and after 1989 is not materially helpful in interpreting the current meaning of "to the public" in paragraph 3(1)(f).

[36] As a result, I do not believe it is necessary to dwell on the concepts derived from this jurisprudence which continue to appear in discussions of the nature of a communication to the public.

[37] My second preliminary observation is that neither the Federal Court of Appeal, nor the Supreme Court

[35] On ne peut utilement transposer les caractéristiques de l'exécution en public à la communication au public. Dans ses deux séries de motifs dans l'arrêt *CCH*, notre Cour s'est prononcée sur l'utilité limitée de la jurisprudence antérieure. Au paragraphe 99, le juge Linden a fait les observations suivantes :

Bien que la version actuelle de l'alinéa 3(1)f) ait été interprétée dans deux arrêts de la présente Cour, les motifs de ces décisions ne renferment qu'une brève analyse du droit de communication puisque la définition d'«œuvre musicale» [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 53] réglait les points en litige [. . .] Les affaires *ACTC* et *CTV 1993* portaient toutes deux essentiellement sur le droit d'exécuter une œuvre en public, et l'on y dit seulement que l'expression «au public» a un sens plus large que «en public» (*CTV 1993*, page 131; *ACTC*, pages 148 et 149; voir aussi *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.* (1997), 146 ALR 649 (Aust. H.C.)). Le juge de première instance a accepté cette proposition (paragraphes 165 à 167); toutefois, l'expression «en public» n'est pas en cause en l'espèce. Le fait qu'une communication faite «en public» est probablement aussi une communication faite «au public» ne permet pas de dire si le Barreau communique au public ou non.

Au paragraphe 243, le juge Rothstein a abondé dans le même sens :

Les versions antérieures de l'alinéa 3(1)f) ont été examinées par les tribunaux canadiens, mais ces décisions nous aident peu parce que des modifications importantes ont été apportées à la disposition par le chapitre 65 des L.C. 1988, entré en vigueur le 13 février 1989, TR/89-70. Avant ces modifications, le droit exclusif énoncé à l'alinéa 3(1)f) était celui de reproduire l'œuvre «en public» et était limité à la communication par radio. La disposition s'applique maintenant aux communications au public par télécommunication. Dans les quelques affaires qui ont été tranchées depuis 1989, les juges se sont bornés à conclure que l'expression «au public» était une notion plus vaste que l'expression précédente «en public» [. . .] Ainsi, la jurisprudence, tant avant 1989 qu'après cette date, n'est pas d'un grand secours pour interpréter le sens actuel du terme «en public» à l'alinéa 3(1)f).

[36] Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de s'attarder sur les notions tirées de cette jurisprudence qui reviennent toujours dans les analyses de la nature d'une communication au public.

[37] Ma deuxième observation est que ni la Cour d'appel fédérale, ni la Cour suprême n'ont décidé dans

decided in *CCH* that “a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients” [at paragraph 78 of *CCH* (S.C.C.)], in and of itself, amounts to a communication to the public. The Supreme Court simply left this possibility open and this Court specifically declined to decide the question because it did not arise on the evidence: see *CCH* (F.C.A.), at paragraphs 101 and 253. It is therefore an error to treat as settled law the proposition that a series of transmissions of a single work to multiple recipients amounts, in and of itself, to a communication to the public.

[38] Before dealing with the Supreme Court’s decision in *CCH*, it is perhaps useful to attempt to provide a framework to assist in the analysis of the jurisprudence relied on by the parties.

[39] In my view, there is authority to support the proposition that whether or not a communication is a communication to the public is a function of two factors: the intention of the communicator, and the reception of the communication by at least one member of the public. If those two conditions are met, then there has been a communication to the public.

[40] The Board recognized the role of the communicator’s intention in the *Tariff 22* decision when it wrote (at pages 29–30):

Consequently, a communication intended to be received by members of the public in individual private settings is a communication to the public.

...

To communicate is to convey information, whether or not this is done in a simultaneous fashion. The private or public nature of the communication should be assessed as a function of the intended target of the act. [Emphasis added; footnote omitted.]

[41] This has also been recognized in this Court’s jurisprudence. At paragraph 100 of this Court’s reasons in *CCH*, Linden J.A. wrote:

l’affaire *CCH* que « la transmission répétée d’une copie d’une même œuvre à de nombreux destinataires » [au paragraphe 78 de l’arrêt *CCH* (C.S.C.)], en soi, est assimilable à une communication au public. La Cour suprême a simplement laissé cette possibilité en suspens et notre Cour s’est explicitement abstenue de se prononcer sur la question parce qu’elle n’avait pas été mise en jeu par les preuves : voir *CCH* (C.A.F.), aux paragraphes 101 et 253. Par conséquent, on ne saurait soutenir que la jurisprudence est bien fixée dans le sens que la transmission d’une seule œuvre à des destinataires multiples est assimilable, en soi, à une communication au public.

[38] Avant d’examiner l’arrêt *CCH* de la Cour suprême, il est peut-être utile de tenter d’établir un cadre facilitant l’analyse de la jurisprudence citée par les parties.

[39] À mon avis, certaines décisions enseignent que deux facteurs permettent de décider si une communication est une communication au public : l’intention de la personne qui communique et la réception de la communication par au moins un membre du public. Si ces deux conditions sont réunies, il y a donc communication au public.

[40] La Commission a reconnu le rôle de l’intention de la personne qui communique dans sa décision concernant le tarif 22 lorsqu’elle a fait les observations suivantes (aux pages 29 et 30) :

En conséquence, une communication destinée à être captée par les abonnés individuellement dans leur foyer est une communication au public.

[...]

Communiquer est faire connaître un renseignement, qu’il y ait simultanément ou non. Le caractère privé ou public de la communication doit être apprécié par rapport aux destinataires ciblés. [Non souligné dans l’original; note en base de page omise.]

[41] Le facteur de l’intention a également été consacré par la jurisprudence de notre Cour. Dans l’arrêt *CCH*, le juge Linden s’est ainsi exprimé au paragraphe 100 de ses motifs :

The Trial Judge held (at paragraph 167) that a single telecommunication emanating from a single point and intended to be received at a single point is typically not a communication to the public. I agree. In my view, the ordinary meaning of the phrase “to the public” indicates that a communication must be aimed or targeted toward “people in general” or “the community” (see the *New Oxford Dictionary of English*, s.v. “public” (Oxford: Clarendon Press, 1998)). . . . Thus, to be “to the public” a communication must be targeted at an aggregation of individuals, which is more than a single person but not necessarily the whole public at large. [Emphasis added.]

[42] A communication is “to the public” when the communicator intends the communication to be received by the public. The exact number of persons who actually receive the communication is not relevant so long as one member of the public receives it. Without at least one actual recipient, the communicator has not communicated to the public, he has merely had the intention of doing so. But beyond a single recipient, the number of recipients is not relevant to determining whether the communication is made to the public though it may be very relevant to the determination of the appropriate royalty structure.

[43] This leads to my next point. While the Supreme Court held, on the facts before it in *CCH*, that a point-to-point communication was not a communication to the public, I do not take this to foreclose the possibility that one could communicate to the public one person at a time. This is best understood by an analogy. The concept of selling to the public is generally understood as meaning that the vendor will sell his product to anyone who is interested in buying it. But each sale is a sale to an individual, involving an individual contract of sale between the vendor and the purchaser. If one focuses too closely on the individual sales, the notion of selling to the public fades from view. But if one steps back, it is more apparent that the vendor is selling to the public by selling to each of those members of the public who wishes to purchase his product.

[44] This analogy is also helpful in understanding the relationship between volume of sales and the intention to sell to the public. One would not say that a vendor was not selling to the public simply because, despite his

Le juge de première instance a estimé (paragraphe 167) qu’une seule télécommunication provenant d’un seul point et destinée à n’atteindre qu’un seul point ne constitue pas habituellement une communication au public. Je suis d’accord. À mon avis, le sens courant de l’expression «au public» indique que la communication doit viser ou cibler les «personnes en général» ou la «collectivité» (voir le *New Oxford Dictionary of English*, sous «public» (Oxford: Clarendon Press, 1998)) [..] Ainsi, pour être faite «au public», une communication doit être destinée à un groupe de personnes, ce qui est plus qu’une personne mais pas nécessairement tout le public en général. [Non souligné dans l’original.]

[42] La communication est faite « au public » lorsque la personne qui communique veut que la communication soit captée par le public. Le nombre exact de personnes qui reçoivent la communication n’est pas pertinent pourvu qu’un membre du public la reçoive. Sans au moins un destinataire, la personne qui communique n’a pas communiqué au public; elle a simplement eu l’intention de le faire. Mais dès lors qu’il y en a un, le nombre de destinataires n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit de décider si la communication est faite au public, bien qu’il puisse être très pertinent pour établir la structure de redevances adéquate.

[43] Ces réflexions m’amènent au point suivant. Bien que la Cour suprême ait conclu, selon les faits établis dans l’affaire *CCH*, qu’une communication point à point ne constituait pas une communication au public, je ne crois pas que cette conclusion exclue la possibilité que l’on puisse communiquer au public en s’adressant à une personne à la fois. Voici une analogie pour mieux comprendre mes observations. Généralement, la notion de vente au public signifie que le vendeur vendra son produit à toute personne intéressée à l’acheter. Mais chaque vente constitue une vente à une personne, impliquant un contrat de vente entre le vendeur et l’acheteur. Si l’on met trop l’accent sur les ventes individuelles, la notion de vente au public perd son sens. Mais si l’on considère les ventes dans leur ensemble, il devient plus clair que le vendeur vend au public en vendant son produit à chacun des membres du public qui désire l’acheter.

[44] Cette analogie est également utile pour comprendre le rapport entre le volume des ventes et l’intention de vendre au public. Nul ne dirait qu’un vendeur n’a pas vendu ses produits au public

best efforts, only one member of the public chose to buy his goods. To put the point a different way, volume of sales distinguishes only between those who sell to the public, and those who sell to the public successfully. The nature of the enterprise is the same.

[45] In the same way, nothing precludes communications to the public by telecommunication from occurring one transmission at a time, each transmission being a discrete transaction which occurs within the framework of an intention to communicate the work to the public.

[46] The idea of communication to the public by means of a series of private communications is not new. In the Federal Court, Trial Division decision in *Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)* (1991), 34 C.P.R. (3d) 521 (*CCTA*), Strayer J. had to deal with the argument that cable transmissions to individual homes were not communications to the public. His initial reaction to this argument was as follows [at pages 537–538]:

It is entirely conceivable to me that one may communicate to the public by a series of simultaneous individual communications to numerous people in different locations. I cannot regard as being other than members of “the public” the 6.3 million subscribers to the cable systems of CCTA’s members (or that portion who receive non-broadcast services), together with the families, guests, and friends of those subscribers who happen to be within earshot of their television sets. One must take into account modern reality. [Italics in original, underlining added.]

[47] *CCTA* [F.C.T.D.] was decided on other grounds but the passage quoted above is a recognition that a series of individual communications could nevertheless amount to a communication to the public. The reference to “simultaneous” individual communications does not, in my view, make simultaneity a condition of a communication to the public. In referring to simultaneous individual communications, Strayer J. was doing nothing more than describing the facts of his case which involve cable transmissions to individual homes.

simplement parce que, malgré tous ses efforts, un seul membre du public a choisi de les acheter. Autrement dit, le volume des ventes établit une différence uniquement entre les vendeurs qui vendent leurs produits au public et ceux qui vendent leurs produits au public avec succès. La nature de l’entreprise reste la même.

[45] De même, rien n’empêche une personne de communiquer une œuvre au public par télécommunication une transmission à la fois, chaque transmission constituant une transaction distincte qui survient dans un cadre fondé sur son intention de communiquer au public.

[46] L’idée de communiquer au public au moyen d’une série de communications privées n’est pas nouvelle. Dans l’affaire [*Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d’auteur)*], [1991] A.C.F. n° 24 (1^{re} inst.) (QL) (*ACTC*), le juge Strayer de la Cour fédérale de première instance était appelé à se prononcer sur la thèse voulant que les transmissions par câble aux demeures individuelles ne sont pas des communications au public. Voici comment il a initialement répondu à cette thèse [au paragraphe 24] :

J’estime qu’il est tout à fait concevable que l’on puisse communiquer au public au moyen d’une série de communications individuelles simultanées à de nombreuses personnes dans des sites différents. Les 6,3 millions d’abonnés aux systèmes de câble des membres de l’ACTC (ou du moins cette partie d’entre eux qui reçoivent des services autres que de radiodiffusion), ainsi que leur famille, leurs invités et leurs amis qui se trouvent à proximité de leur téléviseur font nécessairement partie « du public ». On ne peut ignorer la réalité contemporaine. [Non souligné dans l’original.]

[47] La décision *ACTC* [C.F. 1^{re} inst.] a été rendue par d’autres motifs, mais l’observation précédemment citée enseigne qu’une série de communications individuelles peut néanmoins constituer une communication au public. Je suis d’avis que la référence aux communications individuelles « simultanées » ne fait pas de la simultanéité une condition de la communication au public. En faisant référence aux communications individuelles simultanées, le juge Strayer a alors tout simplement exposé les faits en cause; il s’agissait de transmissions par câble dirigées vers des demeures individuelles.

[48] The same idea was expressed in *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), 146 ALR 649 (Aust. H.C.), where a majority of the Court found that [at page 657]:

If anything, the use of the words “to the public” conveys a broader concept than the use of the words “in public” since it makes clear that the place where the relevant communication occurs is irrelevant. That is to say, there can be a communication to individual members of the public in a private or domestic setting which is nevertheless a communication to the public.

[49] As a result, there is a basis in the jurisprudence for the proposition that a private communication is not inconsistent with an intention to communicate to the public.

[50] With this framework in mind, I turn to the Supreme Court’s decision in *CCH*.

[51] The Supreme Court held there that, in the context of the fax transmissions by the Great Library staff to individuals who had requested copies of certain materials, the fax transmission of a single copy to a single individual was not a communication to the public. In the preceding paragraph of its reasons, the Supreme Court quoted from the reasons of the Trial Judge that the fax communications “emanated from a single point and were each intended to be received at a single point”: see *CCH* (S.C.C.), at paragraph 77 (emphasis added). While, as noted above, this is not inconsistent with an intention to communicate to the public, the Trial Judge did not find such an intention. This is apparent from the Trial Judge’s discussion of this issue at paragraph 167 of his reasons, reproduced below:

Both of the foregoing authorities arise from factual situations where the person transmitting the telecommunication could reasonably be expected to have intended the communication to be received by multiple persons at diverse locations. They involved telecommunications directed to a relatively broad public, albeit not the public at large. They could be described to be telecommunications that were from a single

[48] Dans l’arrêt *Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.*, [1997] HCA 41 (AustLII), 146 ALR 649 (Aust. H.C.), la majorité de la Cour a abondé dans le même sens [à la page 657] :

[TRADUCTION] L’on pourrait plutôt dire que l’expression « au public » véhicule un concept plus large que l’expression « en public », puisqu’elle indique clairement que l’endroit où la communication en question se produit est sans importance. Ce qui revient à dire qu’une communication peut être faite à des membres du public en particulier dans un endroit privé ou chez quelqu’un et constituer tout de même une communication faite au public.

[49] Par conséquent, la jurisprudence enseigne que la personne qui fait une communication privée peut avoir l’intention de communiquer au public.

[50] Avec ces considérations à l’esprit, je me pencherais maintenant sur l’arrêt *CCH* de la Cour suprême.

[51] La Cour suprême a décidé par celui-ci que, dans le contexte de la transmission par télécopieur par le personnel de la Grande bibliothèque de copies de certains documents aux personnes qui les avaient demandées, la transmission par télécopieur d’une seule copie à une seule personne ne constituait pas une communication au public. Dans le paragraphe précédent de ses motifs, la Cour suprême a cité les observations du juge de première instance selon lesquelles les communications par télécopieur « provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point » : voir *CCH* (C.S.C.), au paragraphe 77 (non souligné dans l’original). Comme je l’ai déjà signalé, cela ne veut pas dire que le personnel n’avait pas l’intention de communiquer au public. Or, le juge de première instance n’a pas conclu à l’existence d’une telle intention. C’est ce qui ressort de son analyse de la question au paragraphe 167 de ses motifs, reproduit ci-dessous :

D’après les faits dans ces deux affaires, la personne qui transmettait la télécommunication pouvait raisonnablement avoir voulu que cette communication soit reçue par de multiples personnes à différents endroits. Ces affaires visaient des télécommunications adressées à un public relativement étendu, même s’il ne s’agissait pas du public en général. Les télécommunications en question pouvaient être décrites comme partant

point, intended as in the case for example of subscription or pay-per-view television, to be received and capable of being received at multiple points. That is not the situation before me. Here, the telecommunications, by facsimile, emanated from a single point and were each intended to be received at a single point. Indeed, as I understand the technology, each would only have been receivable at a single point barring a malfunction or some form of unanticipated interception. I am satisfied that the telecommunications here in question were not telecommunications “to the public”.

[52] The Supreme Court’s decision is consistent with the Trial Judge’s conclusion, implicit if not explicit, that there was no intention to communicate the work to the public. In the absence of such an intention, there cannot be a communication to the public by the communicator. To that extent, I believe that the Supreme Court’s decision is narrower than was suggested in argument.

[53] It does not follow from this that one cannot find an intention to communicate to the public where there is only evidence of single transmissions. As was suggested earlier in the discussion of the analogy of selling to the public, a focus on individual transactions tends to minimize the vendor’s intention with respect to the public. In *CCH*, a focus on communicating to the public might have produced a different result.

[54] In fact, the Supreme Court’s caveat with respect to multiple transmissions of a work to multiple recipients is best understood as an indication that numerous transmissions to multiple recipients could be evidence of an intention to communicate to the public. This does not mean that volume alone is determinative of whether a communication is a communication to the public, but it does suggest that volume of transmissions can be evidence of the communicator’s intention.

[55] That said, the argument that volume of transmissions, in and of itself, can transform private communications into a communication to the public is fundamentally flawed. SOCAN’s reliance upon the

d’un seul point, pour, comme dans le cas de la télévision payante par exemple, être reçues ou pouvoir être reçues à de multiples endroits. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Dans la présente affaire, les télécommunications, par télécopieur, provenaient d’un seul point et étaient destinées à n’atteindre qu’un seul point. On pourrait même aller jusqu’à dire, si j’ai bien compris cette technologie, que chacune d’elles ne pouvait être reçue qu’à un seul point, à moins d’une défaillance ou de quelque autre forme d’interception imprévue. Je suis convaincu que les télécommunications en question en l’espèce n’étaient pas des télécommunications faites «au public».

[52] Ces observations de la Cour suprême ne contredisent pas la conclusion, implicite sinon explicite, du juge de première instance selon laquelle il n’y avait aucune intention de communiquer l’œuvre au public. En l’absence d’une telle intention, il ne peut y avoir communication au public. À cet égard, j’estime que la doctrine de cet arrêt de la Cour suprême a une portée plus restreinte que ce qui a été soutenu lors des débats.

[53] Lorsqu’il ressort des éléments de preuve que les transmissions sont effectuées une à la fois, il ne s’ensuit pas forcément qu’il y a absence d’intention de communiquer au public. Comme je l’ai indiqué plus tôt lorsque j’ai parlé de l’analogie de la vente au public, mettre l’accent sur les transactions individuelles tend à minimiser l’intention du vendeur à l’égard du public. Si la Cour avait mis l’accent sur la communication au public dans l’affaire *CCH*, celle-ci aurait pu connaître une issue différente.

[54] En fait, lorsque fait sa mise en garde la Cour suprême à l’égard des transmissions multiples d’une œuvre à des destinataires multiples, il faut bien comprendre par là que de telles transmissions peuvent prouver l’intention de communiquer au public. Cela ne signifie pas que la quantité à elle seule permet de décider si une communication constitue une communication au public, mais la quantité de transmissions peut constituer un élément de preuve quant à l’intention de la personne qui communique.

[55] Cela dit, la thèse selon laquelle la quantité de transmissions, en soi, peut faire d’une communication privée une communication au public est fondamentalement défectueuse. La SOCAN a invoqué la mise en

Supreme Court's caveat in *CCH* (S.C.C.) and this Court's decision in *CWTA* rest on this argument.

[56] If the private nature of a point-to-point communication precludes it from being a communication to the public, it is difficult to see how other private communications, between the original communicator and other parties, could alter the nature of the original private communication.

[57] An approach based on volume of communications alone also raises the difficult question of the determination of the point at which private communications become a communication to the public. To use the example of the Great Library, if the first transmission of a copy of the Supreme Court's decision in *Dunsmuir* is a private communication, at what point would subsequent transmissions become a communication to the public? The 25th transmission? The 50th transmission? The 200th transmission? How is the Great Library to know, as it responds to individual requests, when it is about to infringe the rights protected by paragraph 3(1)(f)? Once the threshold is crossed, do the preceding communications cease to be private communications?

[58] At first glance, this Court's decision in *CWTA*, upon which SOCAN relies, adopts a numerical test for determining when a communication is a communication to the public. In discussing the Supreme Court's decision in *CCH*, the Court wrote at paragraph 35:

... it is not enough to ask whether there is a one-to-one communication, or a one-to-one communication requested by the recipient. The answer to either of those questions would not necessarily be determinative because a series of transmissions of the same musical work to numerous different recipients may be a communication to the public if the recipients comprise the public, or a significant segment of the public.

[59] The question of whether the recipients comprise the public or a significant segment of the public suggests that that determination depends upon the number of persons who receive the communication, as opposed to

garde de la Cour suprême dans l'arrêt *CCH* (C.S.C.) et la doctrine de l'arrêt *ACTSF* rendu par notre Cour relativement à cet argument.

[56] Si la nature privée d'une communication point à point l'empêche de constituer une communication au public, il est difficile de voir comment d'autres communications privées, entre la personne qui a initialement communiqué et d'autres parties, pourraient modifier la nature de la communication privée initiale.

[57] L'approche fondée uniquement sur la quantité de communications soulève également l'épineuse question de savoir à quel moment la communication privée devient une communication au public. Pour reprendre l'exemple de la Grande bibliothèque, si la première transmission d'une copie de l'arrêt *Dunsmuir* de la Cour suprême est une communication privée, à quel moment les transmissions subséquentes deviendraient-elles des communications au public? À la 25^e transmission? À la 50^e? À la 200^e? Comment la Grande bibliothèque est-elle censée savoir, puisqu'elle répond à des demandes individuelles, à quel moment elle est sur le point de porter atteinte aux droits protégés par l'alinéa 3(1)(f)? Une fois que le seuil est franchi, les communications précédentes cessent-elles d'être privées?

[58] À première vue, par l'arrêt *ACTSF*, sur lequel la SOCAN s'est fondée, notre Cour adopte un critère numérique pour déterminer à quel moment une communication est une communication au public. Dans son analyse de l'arrêt *CCH* de la Cour suprême, notre Cour a fait les observations suivantes au paragraphe 35 :

[...] il ne suffit pas de se demander si l'on a affaire à une communication entre un expéditeur unique et un destinataire unique ou à une communication unique demandée par le destinataire. La réponse à l'une et l'autre de ces questions ne serait pas nécessairement déterminante parce qu'une série de transmissions de la même œuvre musicale à un grand nombre de destinataires différents peut constituer une communication au public si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public.

[59] La question est de savoir si les destinataires constituent le public ou une partie importante du public, cela implique que la réponse dépend du nombre de personnes qui reçoivent la communication, et non de

the intention of the communicator. As indicated above, this is problematic. That said, the proposition quoted above is sound if it is understood to refer to the intended recipients of the communication. There is some reason to believe that this is what the Court had in mind when one considers the portion of the Board's reasons which it found persuasive (*CWTA*, at paragraph 36):

Wireless carriers are trying to sell as many copies of every single musical ringtone as possible to maximize sales and profit. They intend, indeed they wish for, a series of repeated transactions of the same work to numerous recipients. This, in our opinion, amounts to a communication to the public.

[60] It is clear from this passage that the Board's focus is on the wireless carriers' intention in making ringtones available for download. The Board's use of the phrase "repeated transactions of the same work to numerous recipients" while suggestive of a quantitative test, is not inconsistent with the view that multiple sales to multiple recipients may be evidence of an intention to communicate the work to the public. Intention alone, however, is not sufficient since paragraph 3(1)(f) refers to communications and not merely an intention to communicate.

[61] I would note, in passing, that the fact that communications occur in a commercial context, like volume of communications, is not determinative of the communicator's intent. Some activities where there is clearly an intention to communicate to the public, such as peer-to-peer file sharing, are not commercial activities and yet consist in making the musical works on one user's hard drive available to all other users who use the same file-sharing software.

[62] I would summarize my conclusions as follows. The Supreme Court's conclusion in *CCH* that a single transmission of a single copy to a single individual is not a communication to the public was made in a context

l'intention de la personne qui communique. Comme je l'ai déjà signalé, cette formulation pose problème. Cela dit, les observations précédemment citées sont justes si l'on considère qu'elles font référence aux destinataires visés de la communication. Il est raisonnable de croire que c'est ainsi que la Cour a considéré ces observations lorsqu'on examine la partie des motifs de la Commission qu'elle a estimée convaincante (*ACTSF*, au paragraphe 36) :

Les entreprises de télécommunications sans fil tentent de vendre le plus grand nombre possible de copies de chaque sonnerie, afin de maximiser ventes et bénéfices. Leur intention, leur souhait même, est d'effectuer une série de transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires. Cette situation, croyons-nous, constitue une communication au public.

[60] Il ressort clairement de ce passage que la Commission a mis l'accent sur l'intention des entreprises de télécommunications sans fil de permettre le téléchargement de sonneries. Le recours, par la Commission aux mots « transactions répétées concernant la même œuvre avec de nombreux destinataires », bien qu'ils évoquent un critère quantitatif, démontre que les ventes aux multiples destinataires peuvent constituer un élément de preuve tendant à prouver l'intention de communiquer l'œuvre au public. Toutefois, l'intention à elle seule ne suffit pas puisque l'alinéa 3(1)f) fait référence aux communications et non simplement à l'intention de communiquer.

[61] Je signale, au passage, que le fait que les communications ont lieu dans un contexte commercial, tout comme la quantité des communications, ne permet pas de prouver l'intention de la personne qui communique. Certaines activités supposant sans aucun doute une intention de communiquer au public, comme le partage de fichiers poste à poste, ne sont pas des activités commerciales et consistent pourtant à mettre des œuvres musicales sur le disque dur d'un utilisateur à la disposition de tous les autres utilisateurs qui utilisent le même logiciel de partage de fichiers.

[62] Je résumerai mes conclusions comme suit. Par l'arrêt *CCH*, la Cour suprême a décidé qu'une seule transmission d'une seule copie à une seule personne n'est pas une communication au public dans un contexte

where there was no evidence of an intention to communicate to the public. As a result, it is not authority for the proposition that no “point-to-point” communication can ever amount to a communication to the public. The Supreme Court’s caveat to the effect that a series of repeated transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute a communication to the public is best understood as a recognition that multiple transmissions of the same work could constitute evidence of an intention to communicate to the public and, if they did, such transmissions would indeed constitute a communication to the public. This Court’s decision in *CWTA* is not inconsistent with these conclusions because in that case, the Court appears to have found that there was evidence of an intention to communicate musical works to the public. Thus, I believe that *CCH* (S.C.C.) can be reconciled with this Court’s decision in *CWTA*. Finally, if there is an intention to communicate a work to the public, every communication of the work, starting with the first, is a communication to the public.

[63] Returning to the decision under review, the Board’s reasoning on the issue in this application is found at paragraph 97 of its decision which reads as follows:

Second, the transmission of a download to a member of the public is a communication to the public. Downloads are “targeted at an aggregation of individuals”. They are offered to anyone with the appropriate device who is willing to comply with the terms dictated by the person who supplies the downloads. One or more transmissions of the same work, over the Internet, by fax or otherwise, to one or more members of a public each constitute[s] a communication to the public. Any files iTunes offers to its clients is communicated to the public as soon as one client “pulls” the file. [Footnote omitted.]

[64] It is clear from this passage that the Board has correctly identified intention as a critical factor by identifying the target group for the downloads as the public, defined as “an aggregation of individuals”. It is not necessary, in order to dispose of this application, to define “the public” any further. It is also clear that, given the online music service’s intended market, every transmission is a communication to the public, beginning

où rien n’indique que la personne qui a communiqué avait l’intention de communiquer au public. Par conséquent, cet arrêt n’enseigne pas qu’aucune communication « point à point » ne peut équivaloir à une communication au public. Il convient mieux d’interpréter la mise en garde de la Cour suprême selon laquelle la transmission répétée de la même œuvre à de nombreux destinataires différents pourrait constituer une communication au public comme une reconnaissance que les transmissions multiples de la même œuvre pourraient prouver l’intention de communiquer au public et, le cas échéant, elles constitueraient effectivement une communication au public. La doctrine de l’arrêt *ACTSF*, rendu par notre Cour, ne va pas à l’encontre de cet enseignement parce qu’alors, la Cour semble avoir conclu que les preuves établissaient l’intention de communiquer les œuvres musicales au public. Ainsi, il me semble que la jurisprudence *CCH* (C.S.C.) peut se concilier avec la jurisprudence *ACTSF* de notre Cour. Enfin, si l’intention de communiquer une œuvre au public est prouvée, chaque communication de l’œuvre, commençant par la première, constitue une communication au public.

[63] Pour revenir à la décision attaquée, le raisonnement de la Commission sur la question dans cette demande se trouve au paragraphe 97 de sa décision; en voici le texte :

Deuxièmement, la transmission d’un téléchargement à un membre d’un public est une communication au public. Les téléchargements sont « destiné[s] à un groupe de personnes ». Ils sont offerts à quiconque possède l’appareil approprié et est disposé à remplir les conditions dictées par la personne qui fournit les téléchargements. Une ou plusieurs transmissions de la même œuvre, sur Internet, par télécopieur ou autrement, à un ou plusieurs membres d’un public constituent chacune une communication au public. Tout fichier iTunes offert aux clients est communiqué au public dès qu’un client « tire » le fichier. [Note en base de page omise.]

[64] Ce passage démontre clairement que la Commission a indiqué à juste titre que l’intention est un facteur critique en indiquant que les téléchargements sont destinés au public, défini comme « un groupe de personnes ». Pour statuer sur la présente demande, il n’est pas nécessaire de définir plus en détail « le public ». De plus, compte tenu du marché visé des services de musique en ligne, il ne fait aucun doute que chaque

with the first one. As a result, the vexing problem of attempting to define quantitatively the boundary between private communications and communications to the public does not arise.

[65] As a result, I am of the view that the Board's conclusion that a download of a musical file from an online music service to a single user is a communication of the musical work to the public by telecommunication is reasonable. The Board's reasons are transparent and intelligible and the result is one which falls within the range of possible, acceptable outcomes, defensible in respect of the facts and the law: see *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[66] This leaves only the applicants' argument that the Board erred in equating the online music services' making works available to the public with communicating those works to the public. I agree with SOCAN that the applicants' argument is based upon a misinterpretation of the Board's reasons. The finding that a completed transmission was necessary in order to constitute a communication to the public is a complete answer to this argument. The Board made such a finding in paragraph 97 of its decision, quoted above.

CONCLUSION

[67] I would therefore dismiss the application for judicial review with one set of costs in each file to the respondents, payable jointly by the applicant(s) in each file. The intervener shall bear its own costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

NADON J.A.: I agree.

transmission, en commençant par la première, constitue une communication au public. Le problème délicat que pose la tentative de définir quantitativement les limites entre les communications privées et les communications au public n'est donc pas en jeu en l'espèce.

[65] Par conséquent, je suis d'avis que la conclusion de la Commission selon laquelle le téléchargement d'un fichier musical à partir d'un service de musique en ligne vers un seul utilisateur est une communication de l'œuvre musicale au public par télécommunication est raisonnable. Les motifs de la Commission sont transparents et intelligibles et les conclusions qu'elle a tirées s'inscrivent légitimement dans les faits et le droit pertinent : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

[66] Il ne reste donc plus qu'à examiner la thèse des demanderesse selon laquelle la Commission a commis une erreur en n'opérant pas de distinction entre le fait pour les services de musique en ligne de mettre les œuvres à la disposition du public et le fait de communiquer ces œuvres au public. Je retiens la thèse de SOCAN voulant que le raisonnement des demanderesse est fondé sur une lecture erronée des motifs de la Commission. La conclusion portant qu'une transmission doit nécessairement être terminée pour constituer une communication au public répond entièrement à cet argument. La conclusion tirée par la Commission à cet égard se trouve au paragraphe 97 de sa décision, précédemment cité.

CONCLUSION

[67] Par conséquent, je rejetterais la demande de contrôle judiciaire en accordant aux défenderesses un seul mémoire de dépens dans chacun des dossiers, payable conjointement par la ou les demanderesse, le cas échéant, dans chacun des dossiers. L'intervenante assumera ses propres dépens.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Permanent Residents

Judicial review of Canadian Consulate General's decision refusing applicant's application for work permit under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 112—Applicant, Indian, applying to Consulate under Live-in Caregiver Program—Further to interview conducted pursuant to Regulations, s. 112(d), Consulate not satisfied applicant sufficiently proficient in English to carry out duties of position—Whether procedural fairness requiring that standardized language test be given to assess applicant's language skills—No statutory or case law authority stating that standardized language test required in every case—Test pointless in some instances—Citizenship and Immigration Canada's *Overseas Processing Manual (OP)*, Chapter OP 14: Processing Applicants for the Live-in Caregiver Program directing that if applicant's language ability doubtful, applicant should be interviewed—Manual recognizing that face-to-face interview acceptable procedure in such circumstances—Because interview may not suffice in all circumstances, standardized test only fair way of assessing ability of some applicants—Much depending on circumstances of each case, whether interview providing particular applicant with fair opportunity to demonstrate proficiency, officers ability to make assessment from what transpiring at interview—No evidence of procedural unfairness herein—Application dismissed.

MEHMI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6206-10, 2011 FC 1246, Russell J., judgment dated November 1, 2011, 14 pp.)

CONSTITUTIONAL LAW

CHARTER OF RIGHTS

Fundamental Freedoms

Judicial review of Minister of Health's refusal to issue statutory exemption permitting applicant to produce, possess enough marihuana to smoke seven grams thereof per day without violating *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (CDSA), ss. 4, 7—Applicant using marihuana for religious reasons, claiming refusal breaching rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2, 7, 15—Principal issue whether applicant establishing breach of Charter, ss. 2(a), 7, 15—Right to freedom of religion under Charter, s. 2(a) not breached since applicant failing to show that practice of consuming seven grams of marihuana per day having any nexus with religion—*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 SCR 351 holding that courts need not accept that practice considered religious just because claimant saying so—Only beliefs, convictions, practices rooted in religion protected by guarantee of freedom of religion—Applicant's s. 7 Charter rights also not breached—While threat of imprisonment engaging applicant's liberty interests, doing so in manner consistent with principles of fundamental

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

justice—Impugned prohibitions in CDSA perfectly reasonable, rationally connected to goal of reducing harms to individual health, society flowing from illicit use of marihuana—Therefore, CDSA’s prohibition on possession consistent with principles of fundamental justice—Applicant’s equality rights under Charter, s. 15 not breached since CDSA not making distinction on basis of religion, not perpetuating prejudice or stereotyping—While CDSA, ss. 4, 7 violating Charter right, violation saved under Charter, s. 1 since limit reasonably tailored to Parliament’s pressing, substantial goal; reasonably justifiable given provisions’ salutary benefits—Application dismissed.

BENNETT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1073-09, 2011 FC 1310, Shore J., judgment dated November 15, 2011, 53 pp.)

FOOD AND DRUGS

Judicial review of Minister of Health’s refusal to list applicant’s drug DEXILANT on Register of Innovative Drugs, provide data protection in accordance with *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1, as amended by *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)*, SOR/2006-241—DEXILANT containing dexlansoprazole, used to treat gastroesophageal reflux disease—DEXILANT not meeting definition of “innovative drug” as required by Regulations since dexlansoprazole enantiomer of previously-approved medicinal ingredient—Whether Minister misinterpreting definition of “innovative drug” to exclude enantiomer, such as dexlansoprazole, as variation within meaning of Regulations, s. C.08.004.1(1)—Definition of “innovative drug” relatively clear—Drug not considered “innovative”, not entitled to data protection when containing previously approved medicinal ingredient or considered variation of previously approved medicinal ingredient—While term “variation” not explicitly defined, s. C.08.004.1(1) providing non-exhaustive list of examples representing types of chemical compounds presumed to fall under term “variation” of previously approved medicinal ingredient for purposes of “innovative drug” definition, data protection—Based on dictionary definition of “variation”, conceivable that enantiomer always constituting “variation” within meaning of s. C.08.004.1(1)—Data protection considered central to overall regulatory scheme in protecting public health, safety; providing innovators with incentive to develop “innovative drugs”—Minister correctly determining that, as enantiomer, dexlansoprazole in DEXILANT could not obtain data protection as variation within meaning of innovative drug definition in s. C.08.004.1(1), could not be listed on Register—Application dismissed.

TAKEDA CANADA INC. V. CANADA (HEALTH) (T-2044-10, 2011 FC 1444, Near J., judgment dated December 9, 2011, 17 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of respondent’s two screening decisions regarding two different positions applicant applying for therewith—Applicant screened out of competition because failing to meet minimum experience requirement (“recent, significant experience”) for positions—Although applicant’s two maternity leaves accommodated as “experience”, applicant’s more than three years of leave without pay for family-related needs excluded—Whether respondent erring in failing to treat applicant’s family leave as leave protected under *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 as done with maternity leave; whether experience requirement creating adverse effect discrimination—Act, s. 3 establishing prohibited grounds of discrimination, including family status—While term “family status” not defined in Act, circumstances of parent caring for children must be included therein—Quasi-judicial labour decisions consistently determining that under Act, “family status” encompassing family, parental obligations, including childcare—Therefore, “family status” including obligations of one family member to care for other members of family—Applicant establishing *prima facie* case of discrimination based on family status, contrary to Act, ss. 7, 10—No principled reason why family leave should be treated any differently under Act than maternity leave—Respondent failing to provide reasonable explanation for discrimination—Therefore, matter returned to respondent for consideration of applicant’s applications for two positions in accordance with Act, s. 15—Application allowed.

PATTERSON V. CANADA (REVENUE AGENCY) (T-569-11, 2011 FC 1398, Snider J., judgment dated December 1, 2011, 21 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of respondent’s decision denying applicant’s request to serve remainder of sentence in Canada—Applicant, Canadian citizen, serving prison sentence in U.S. for drug trafficking—Whether respondent’s decision unreasonable—Pursuant

PENITENTIARIES—Concluded

to *International Transfer of Offenders Act*, S.C. 2004, c. 21, ss. 3, 10, respondent must base decision regarding transfer on purposes of Act, relevant factors specified therein although factors not exhaustive—In present case, respondent relying only on circumstances of applicant's crime; not referring to other relevant factors such as security of Canada, whether offender abandoning Canada as place of permanent residence, etc.—Not explicitly considering likelihood of applicant committing criminal organization offence—Applicant's record containing allegation by Correctional Service Canada applicant acting as courier for criminal organization—Applicant never informed of allegation, never given opportunity to respond thereto—Respondent's denial of transfer turning on fact applicant having unspecified connection to organized crime—In present case, respondent's decision not complying with statutory parameters, applicable principles of justice—Decision not disclosing reason application denied, not affording applicant opportunity to respond to suggestion applicant previously involved in organized crime—Therefore, respondent's decision unreasonable—Application allowed.

TANGORRA V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (T-1520-10, 2011 FC 1433, O'Reilly J., judgment dated December 7, 2011, 14 pp.)

PENSIONS

Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 23) allowing appeal from Minister of National Revenue's determinations that two former members of Ontario Judicial Appointments Committee engaged in pensionable employment under *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8—Individuals in question not employees but holders of office—Remuneration consisting of amount paid for each day on which services rendered—By combined operation of Act, s. 6, definition of "office" in s. 2, *Canada Pension Plan Regulations*, C.R.C., c. 385, s. 24, Committee member engaged in pensionable employment if position carrying entitlement to "fixed or ascertainable stipend or remuneration"—Whether entitlement to remuneration based on stated amount of money for each day of service considered "fixed or ascertainable"—T.C.C. wrongly concluding that because not possible to determine number of days of service member of Committee would be required to render, member's remuneration neither fixed nor ascertainable—Nothing in language of definition of "office" in Act, s. 2 read in statutory context justifying interpreting phrase "fixed or ascertainable" to require advance determination of total remuneration for particular year—Legal entitlement to *per diem* rate of remuneration established in advance sufficiently "fixed or ascertainable" to meet statutory test—Appeals allowed.

CANADA (NATIONAL REVENUE) V. ONTARIO (A-72-11, A-73-11, 2011 FCA 314, Sharlow J.A., judgment dated November 16, 2011, 4 pp.)

PRACTICE

JUDGMENTS AND ORDERS

Stay of Execution

Motion to stay order pending appeal under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, s. 398(1)(b)—Federal Court making order against appellant for having by own admission failed to comply with requirements of *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 on several occasions—Appellant appealing order, challenging award of damages, so-called structural order made by Federal Court—Whether Court should stay order pending appeal—Test applicable to stay application applied herein—Regarding irreparable harm execution of order would cause, appellant's duty to make every reasonable effort to comply with all duties thereof under Part IV of Act problematic—Structural injunctions few, far between in Canada—Structural injunctions sometimes providing for order to make every reasonable effort to comply with order, not legislation—Order to make every reasonable effort constituting vague order—Order in present case accompanying complex structural injunctions—No judicial or doctrinal commentary found thereon—Considering vagueness of part of order in question, preferable to suspend application until such time as Court of Appeal ruling on merits, scope thereof—Very clear, however, duty to comply with Act not stayed—Motion allowed.

THIBODEAU V. AIR CANADA (A-358-11, 2011 FCA 343, Blais C.J., judgment dated December 12, 2011, 15 pp.)

PRACTICE—Concluded

STAY OF PROCEEDINGS

Motions brought in context of appeal from Federal Court decision (2011 FC 1023), which appeal yet to be heard—Respondents seeking stay of proceedings until after Supreme Court of Canada rendering decision in related field; applicant seeking order expediting appeal—Whether applicable legal test (1) in interests of justice to order stay or (2) tripartite test set out in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311—Nature of respondents' request is that Federal Court of Appeal not hear appeal until later date, not that Court forbid another body from exercising own jurisdiction—While in *D & B Companies of Canada Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 342, Federal Court of Appeal observing that Competition Tribunal correctly applying *RJR — MacDonald* test to determine whether to delay hearing, observation not to be seen as statement of general principle, binding in all future cases—Three considerations reducing authority of observation in *D & B Companies*: observation therein constituting *obiter*; in decision, Competition Tribunal seeing factors normally canvassed under *RJR — MacDonald* test as relevant to exercise of discretion; decision therein explained as one made by specialist administrative tribunal about what factors ought to apply to such matters before it—Therefore, *RJR — MacDonald* test not applying to respondents' motion for stay—Respondents not establishing interests of justice supporting delaying appeal herein—As to applicant's motion, uneventful pace at which appeal prosecuted herein belying need for expedition order—Motions dismissed.

ASTRAZENECA CANADA, INC. v. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (A-344-11, 2011 FCA 312, Stratas J.A., judgment dated November 17, 2011, 10 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

ALIMENTS ET DROGUES

Contrôle judiciaire du refus du ministre de la Santé d'inscrire la drogue de la demanderesse, le DEXILANT, sur le registre des drogues innovantes et d'assurer la protection des données en conformité avec l'article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, modifié par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, DORS/2006-241—Le DEXILANT, qui contient du dexlansoprazole, est utilisé dans le traitement du reflux gastroœsophagien pathologique—Le DEXILANT n'était pas conforme à la définition de « drogue innovante » comme l'exige le Règlement parce que le dexlansoprazole était un énantiomère d'un ingrédient médicinal déjà approuvé—Il s'agissait de savoir si le ministre avait interprété incorrectement la définition de « drogue innovante » de manière à exclure un énantiomère, comme le dexlansoprazole, au motif qu'il s'agissait d'une variante au sens de l'art. C.08.004.1(1) du Règlement—La définition de « drogue innovante » est relativement claire—Une drogue ne sera pas considérée comme étant « innovante » et n'aura pas droit à la protection des données si elle contient un ingrédient médicinal déjà approuvé ou si elle est considérée comme une variante d'un ingrédient médicinal déjà approuvé—Bien que le terme « variante » ne soit pas défini explicitement, l'art. C.08.004.1(1) renferme une liste non exhaustive d'exemples qui constituent les types de composés chimiques qui sont présumés constituer des « variantes » d'un ingrédient médicinal déjà approuvé aux fins de la définition de « drogue innovante » et de la protection des données—Selon la définition de « variante » contenue dans le dictionnaire, il est possible qu'un énantiomère constitue toujours une « variante » au sens de l'art. C.08.004.1(1)—La protection des données est considérée comme un élément essentiel du régime réglementaire global pour assurer la protection de la santé et de la sécurité publiques; elle encourage les innovateurs à créer des « drogues innovantes »—Le ministre a conclu à juste titre qu'en tant qu'énantiomère, le dexlansoprazole contenu dans le DEXILANT ne pouvait pas jouir de la protection des données, car il s'agissait d'une variante au sens de la définition de « drogue innovante » prévue à l'art. C.08.004.1(1) et ne pouvait pas être inscrit sur le registre des drogues innovantes—Demande rejetée.

TAKEDA CANADA INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-2044-10, 2011 CF 1444, juge Near, jugement en date du 9 décembre 2011, 17 pp.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Résidents permanents

Contrôle judiciaire de la décision du consulat général du Canada rejetant la demande de permis de travail de la demanderesse en application de l'art. 112 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227—La demanderesse, une citoyenne de l'Inde, a présenté une demande au consulat dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents—À la suite d'une entrevue menée en vertu de l'art. 112d) du Règlement, le consulat n'a pas été convaincu que la demanderesse maîtrisait suffisamment l'anglais pour s'acquitter des fonctions qu'elle devait exercer—Il s'agissait de savoir si l'équité procédurale exigeait qu'un examen standardisé soit administré pour évaluer les connaissances linguistiques de la demanderesse—Il n'existe pas de textes légaux ni de précédents jurisprudentiels portant que l'administration d'un test standardisé est nécessaire dans tous

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

les cas—Dans certaines situations, un tel test serait inutile—Selon la *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*, Chapitre OP 14 : Traitement des demandes aux termes du programme des aides familiaux résidants, de Citoyenneté et Immigration Canada, si un agent a des raisons de douter des connaissances linguistiques du demandeur, il doit lui faire passer une entrevue—Le guide reconnaît qu'une entrevue en personne constitue une procédure acceptable en ces circonstances—Comme l'entrevue peut ne pas être suffisante dans tous les cas, il se peut que l'administration d'un test standardisé soit la seule façon équitable d'évaluer les compétences de certains demandeurs—Beaucoup dépend des circonstances de chaque affaire et du fait que l'entrevue a ou non permis au demandeur de se prévaloir de la possibilité de faire la démonstration de ses compétences et à l'agent d'être en mesure de procéder à une évaluation à partir des résultats de l'entrevue—Il n'y avait aucune preuve d'iniquité procédurale en l'espèce—Demande rejetée.

MEHMI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6206-10, 2011 CF 1246, juge Russell, jugement en date du 1^{er} novembre 2011, 14 p.)

DROIT CONSTITUTIONNEL

CHARTRE DES DROITS

Libertés fondamentales

Contrôle judiciaire du refus du ministre de la Santé de consentir l'exception prévue par la loi qui aurait permis au demandeur de produire et de posséder suffisamment de marihuana pour en fumer sept grammes par jour sans contrevenir aux art. 4 et 7 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la Loi)—Le demandeur consomme de la marihuana pour des raisons religieuses et il prétend que le refus porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par les art. 2, 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—La principale question à trancher était celle de savoir si le demandeur a démontré qu'il y a eu manquement aux art. 2a), 7, 15 de la Charte—Il n'y a pas eu atteinte à la liberté de religion garantie par l'art. 2a) de la Charte, le demandeur n'ayant pas établi que la consommation quotidienne de sept grammes de marihuana a un lien quelconque avec la religion—Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 351, la Cour a statué que les tribunaux ne sont pas tenus de reconnaître qu'une pratique est religieuse tout simplement parce que le demandeur l'affirme—Seules les croyances, les convictions et les pratiques tirant leur source d'une religion sont protégées par la garantie relative à la liberté de religion—En outre, il n'y a pas eu atteinte aux droits du demandeur garantis par l'art. 7 de la Charte—Bien que la menace d'emprisonnement mette en jeu le droit à la liberté du demandeur, cela est conforme aux principes de justice fondamentale—Les interdictions attaquées de la Loi sont tout à fait raisonnables et ont un lien rationnel avec l'objet de réduire les atteintes à la santé des particuliers et de la société découlant de l'utilisation illicite de marihuana—Par conséquent, l'interdiction de possession énoncée dans la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale—Il n'y a pas eu atteinte aux droits à l'égalité du demandeur qui lui sont garantis par l'art. 15 de la Charte, la Loi n'établissant pas de distinction fondée sur la religion et ne donnant pas lieu à la perpétuation d'un préjugé ou à l'application de stéréotypes—Bien que les art. 4 et 7 de la Loi porte atteinte à la Charte, cette atteinte peut se justifier en vertu de l'art. 1 de la Charte puisque la limite est raisonnablement adaptée à l'objectif majeur et prioritaire du législateur et qu'elle peut se justifier raisonnablement à la lumière des effets bénéfiques des dispositions—Demande rejetée.

BENNETT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1073-09, 2011 CF 1310, juge Shore, jugement en date du 15 novembre 2011, 53 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire des deux décisions de la défenderesse prises au stade de la présélection relativement à deux concours différents auxquels la demanderesse a participé—La demanderesse a été éliminée des concours parce qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences minimales en matière d'expérience pour l'emploi (« expérience récente et vaste »)—Bien que les deux congés de maternité de la demanderesse aient été comptés au titre de son « expérience », son congé non payé de plus de trois ans pour obligations familiales ne l'a pas été—Il s'agissait de savoir si la défenderesse a commis une erreur en ne traitant pas le congé pour obligations familiales de la demanderesse de la même manière que son congé de maternité, c'est-à-dire comme un congé protégé par la *Loi*

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, et si l'exigence relative à l'expérience crée une discrimination par suite d'un effet préjudiciable—L'art. 3 de la Loi énonce les motifs de distinction illicite, dont la situation de famille—Quoique le terme « situation de famille » ne soit pas défini dans la Loi, la situation d'un parent qui donne des soins à ses enfants doit être visée—Les décisions constantes des arbitres du travail indiquent qu'en vertu de la Loi, le concept de « situation de famille » comprend les obligations familiales et parentales, dont les soins donnés aux enfants—Par conséquent, le terme « situation de famille » comprend l'obligation d'un membre d'une famille de prendre soin d'autres membres de la famille—La demanderesse a établi à première vue qu'elle a été victime de discrimination en raison de sa situation de famille en violation des art. 7 et 10 de la Loi—Il n'existe pas de raison de principe pour laquelle le congé pour obligations familiales devrait être traité différemment du congé de maternité au regard de la Loi—La défenderesse n'a fourni aucune explication raisonnable pour cette discrimination—En conséquence, l'affaire a été renvoyée à la défenderesse pour qu'elle considère la candidature de la demanderesse pour les deux postes en conformité avec l'art. 15 de la Loi—Demande accueillie.

PATTERSON C. CANADA (AGENCE DU REVENU) (T-569-11, 2011 CF 1398, juge Snider, jugement en date du 1^{er} décembre 2011, 21 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision du défendeur rejetant la demande présentée par le demandeur pour purger le reste de sa peine au Canada—Le demandeur, un citoyen canadien, purge une peine d'emprisonnement aux États-Unis pour trafic de drogue—Il s'agissait de savoir si la décision du défendeur était déraisonnable—Selon les art. 3 et 10 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*, L.C. 2004, ch. 21, le défendeur doit fonder sa décision quant au transfèrement sur les objets de la Loi et sur les facteurs pertinents qui y sont énoncés, bien que ces facteurs ne soient pas exhaustifs—En l'espèce, le défendeur ne s'est fondé que sur les circonstances entourant le crime commis par le demandeur; il n'a mentionné aucun des autres facteurs pertinents, dont la sécurité du Canada ou la question de savoir si le délinquant avait abandonné le Canada comme le lieu de sa résidence permanente, etc.—Il n'a pas explicitement examiné la probabilité que le demandeur commette une infraction d'organisation criminelle—Le dossier du demandeur comportait une allégation du Service correctionnel du Canada selon laquelle le demandeur agissait comme passeur de drogue pour une organisation criminelle—Le demandeur ignorait cette allégation et n'avait pas eu la possibilité d'y répondre—La décision du défendeur de refuser le transfèrement reposait sur le fait que le demandeur avait des liens — dont la nature n'a pas été précisée — avec le crime organisé—En l'espèce, la décision du défendeur n'était pas conforme aux paramètres établis par le législateur ou aux principes de justice applicables—La décision ne précisait pas pourquoi la demande avait été rejetée et n'offrait pas au demandeur la possibilité de réagir à l'allégation selon laquelle il avait eu des liens avec le crime organisé—Par conséquent, la décision du défendeur était déraisonnable—Demande accueillie.

TANGORRA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (T-1520-10, 2011 CF 1433, juge O'Reilly, jugement en date du 7 décembre 2011, 14 p.)

PENSIONS

Appels de la décision (2011 CCI 23) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) accueillant l'appel interjeté à l'encontre des décisions du ministre du Revenu national portant que deux anciens membres du Comité sur les nominations à la magistrature de l'Ontario occupaient un emploi ouvrant droit à pension en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8—Les personnes en cause n'étaient pas des employés, elles étaient plutôt titulaires d'une charge—Leur rémunération se composait d'un montant payé pour chaque journée où ils ont fourni des services—Par l'effet combiné de l'art. 6 de la Loi, de la définition de « fonction » établie à l'art. 2 et de l'art. 24 du *Règlement sur le Régime de pensions du Canada*, C.R.C., ch. 385, un membre du Comité occupe un emploi ouvrant droit à pension si cet emploi donne droit à un « traitement ou à une rémunération déterminée ou constatable »—Il s'agissait de savoir si un droit à une rémunération fondée sur une somme convenue pour chaque jour de service est un droit à une rémunération « déterminée ou constatable »—La C.C.I. a conclu à tort que parce qu'il n'était pas possible de déterminer le nombre de jours pendant lesquels un membre du Comité serait tenu de fournir des services, la rémunération du membre n'était ni déterminée ni constatable—Rien dans le libellé de la définition de « fonction » à l'art. 2 de la Loi, considérée dans son contexte législatif, ne justifie que la Cour, en interprétant l'expression « déterminée ou constatable », exige que la rémunération totale pour une année donnée soit déterminée au préalable—Un droit à une rémunération selon un taux

PENSIONS—Fin

quotidien établi à l'avance est suffisamment « déterminée ou constatable » pour satisfaire au critère réglementaire—Appels accueillis.

CANADA (REVENU NATIONAL) C. ONTARIO (A-72-11, A-73-11, 2011 CAF 314, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 16 novembre 2011, 4 p.)

PRATIQUE

JUGEMENTS ET ORDONNANCES

Sursis d'exécution

Requête en sursis d'exécution d'une ordonnance pendant l'appel en vertu de la règle 398(1)b) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106—La Cour fédérale a émis une ordonnance à l'encontre de l'appelante lorsque celle-ci a avoué avoir enfreint les exigences de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 à plusieurs reprises—L'appelante en a appelé de l'ordonnance, contestant l'octroi des dommages-intérêts et l'ordonnance dite structurelle de la Cour fédérale—Il s'agissait de savoir si la Cour devait suspendre l'ordonnance de la Cour fédérale pendant l'appel—Les critères applicables à une demande en sursis ont été appliqués dans ce cas-ci—En ce qui concerne le préjudice irréparable qu'occasionnerait l'exécution de l'ordonnance, l'obligation de l'appelante de faire tous les efforts nécessaires pour respecter l'ensemble des obligations qui lui incombent en vertu de la partie IV de la Loi posait problème—Les injonctions structurelles ne sont pas légion au Canada—Parfois celles-ci prévoient une ordonnance de faire tous les efforts nécessaires pour respecter l'ordonnance et non la loi—L'ordonnance de faire tous les efforts nécessaires est une ordonnance floue—Il s'agit d'une ordonnance qui accompagne les injonctions structurelles complexes—Aucun commentaire à son sujet n'a été trouvé ni dans la jurisprudence, ni dans la doctrine—Vu l'imprécision de cette partie de l'ordonnance, il était préférable de suspendre son application jusqu'au moment où la Cour d'appel se prononcerait sur son bien-fondé et sur sa portée—Il était clair toutefois que l'obligation de respecter la Loi n'était pas suspendue—Requête accueillie.

THIBODEAU C. AIR CANADA (A-358-11, 2011 CAF 343, juge en chef Blais, jugement en date du 12 décembre 2011, 15 p.)

SUSPENSION D'INSTANCE

Requêtes introduites dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1023), appel qui n'a pas encore été instruit—Les intimés sollicitaient une suspension d'instance jusqu'à ce que la Cour suprême du Canada rende une décision dans un domaine connexe et l'appelante sollicitait une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée de l'appel—Il s'agissait de savoir si le critère juridique applicable était : 1) dans l'intérêt de la justice d'ordonner la suspension ou 2) l'analyse en trois étapes exposée dans l'arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311—Les intimés demandaient à la Cour d'appel fédérale de reporter l'instruction de l'appel à une date ultérieure; ils ne lui demandaient pas d'interdire à un autre organisme d'exercer sa compétence—Bien que la Cour d'appel fédérale ait signalé dans l'arrêt *D & B Companies of Canada Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et de recherches)*, [1994] A.C.F. n° 1504 (QL) que le Tribunal de la concurrence a appliqué à juste titre l'analyse énoncée dans l'arrêt *RJR — MacDonald* pour décider si elle devait reporter l'audience ou non, l'observation ne doit pas être considérée comme étant un exposé de principes généraux qui est obligatoire dans toutes les affaires futures—Trois facteurs atténuent la force de l'observation formulée dans l'arrêt *D & B Companies* : cette observation est une remarque incidente; dans la décision, le Tribunal de la concurrence a considéré les facteurs habituellement examinés dans le cadre de l'analyse énoncée dans l'arrêt *RJR — MacDonald* comme étant pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire; la décision prise dans cet arrêt a été justifiée comme ayant été prise par un tribunal administratif spécialisé quant aux facteurs qui devraient s'appliquer aux affaires dont il est saisi—Par conséquent, l'analyse énoncée dans l'arrêt *RJR — MacDonald* ne s'appliquait pas à la demande de suspension des intimés—Les intimés n'avaient pas démontré que l'intérêt de la justice était le report de l'appel en l'espèce—S'agissant de la requête de la demanderesse, le rythme sans incident auquel l'appel suit son cours ne justifiait pas une ordonnance prévoyant l'instruction accélérée—Requêtes rejetées.

ASTRAZENECA CANADA, INC. C. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (A-344-11, 2011 CAF 312, juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 17 novembre 2011, 10 p.)