



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2013, Vol. 1, Part 1

2013, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2013] 1 F.C.R., {³⁻¹⁷⁹_{D-1-D-4}

Renvoi [2013] 1 R.C.F., {³⁻¹⁷⁹_{F-1-F-5}

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.

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, 2013.

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.

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, 2013.

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.

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/>

CONTENTS

Judgments	3-179
Digests	D-1-D-4

BBM Canada v. Research In Motion Limited (F.C.A.) 117

Practice—Commencement of Proceedings—Appeal from Federal Court decision ordering proceeding initiated by way of notice of application proceed as action under *Federal Courts Rules*, Part 4—Appellant seeking damages, declaratory, injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill, passing off under *Trade-marks Act*—Federal Court concluding no provisions in Act requiring proceedings alleging infringement, unfair competition to commence by notice of application—Whether appellant’s claim may be brought by way of application under Rules, Part 5 or whether it may only be brought as action under Part 4—Issue depending upon proper scope, application of Rules, r. 300, Part 5 of Rules—Act, s. 53.2 silent as to how proceedings contemplated therein initiated—Phrase “on application” in Act, ss. 53, 53.1, 53.2, 57 to be read in sense of formal request, not in sense of proceeding initiated by notice of application—S. 53.2 conferring broader remedial power, allowing courts to make any order considered appropriate—Purpose of Act best met by promoting expeditious, proportionate access to courts—

Continued on next page

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 gouvernementaux 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.

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/>

SOMMAIRE

Jugements	3-179
Fiches analytiques	F-1-F-5

BBM Canada c. Research In Motion Limited (C.A.F.) 117

Pratique—Introduction des procédures—Appel d’une décision de la Cour fédérale ordonnant qu’une instance introduite par un avis de demande soit introduite comme s’il s’agissait d’une action conformément à la partie 4 des *Règles des Cours fédérales*—L’appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l’achalandage et commercialisation trompeuse en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*—La Cour fédérale a conclu qu’aucune disposition de la Loi n’exige que les instances pour usurpation et concurrence déloyale soient introduites par un avis de demande—Il s’agissait d’établir si le recours de l’appelante pouvait être introduit par voie de demande conformément à la partie 5 des Règles ou s’il pouvait uniquement être introduit comme s’il s’agissait d’une action conformément à la partie 4—La question dépend de la portée et de l’application de la règle 300 et de la partie 5 des Règles—L’art. 53.2 de la Loi est muet quant à la façon dont l’instance visée par cet article doit être introduite—L’expression « sur demande »

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Interpreting s. 53.2 as permitting applications or actions meeting that purpose—Such interpretation not rendering Act, ss. 53(5), 53.1(2), 58 redundant—Appeal allowed.

Trade-marks—Infringement—Commencement of proceedings—Appellant seeking damages, declaratory, injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill, passing off under *Trade-marks Act*—Issue whether claim may be brought by way of notice of application or whether action only way of proceeding—Purpose of Act best met by interpretation promoting expeditious, proportionate access to courts—To that end, Act, s. 53.2 should be interpreted as permitting that proceedings be brought by application or by action.

Buckingham v. Canada (F.C.A.) 86

Income Tax—Corporations—Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision that respondent (appellant in A-225-10) not liable as director of various corporations for amounts corporations failed to remit as source deductions under *Income Tax Act* (ITA), *Canada Pension Plan*, *Employment Insurance Act* but that respondent liable for failure to make GST/HST remittances under *Excise Tax Act*—Respondent, chairman, largest shareholder of corporation carrying on education services business—Corporation encountering serious financial difficulties, ceasing all operations in September 2003—Assessed pursuant to *Excise Tax Act*, s. 323, ITA, s. 227.1—T.C.C. applying objective standard, analysing remittances of employee source deductions issue separately from remittances of GST/HST issue—Whether applicable standard of care, diligence, skill under ITA, s. 227.1(3), objective standard; whether standard under ITA, s. 227.1(3) applying differently than under *Excise Tax Act*, s. 323(3); whether successful defence under ITA, s. 227.1(3) sustainable where directors' efforts focussing on curing failures to remit rather than on preventing them—Standard of care, skill, diligence required under ITA, s. 227.1(3), *Excise Tax Act*, s. 323(3) constituting objective standard—In order to rely on defences under ITA, *Excise Tax Act*, director must establish

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aux arts. 53, 53.1, 53.2 et 57 de la Loi devrait s'entendre d'une demande en bonne et due forme et non d'une instance introduite par la production d'un avis de demande—L'art. 53.2 de la Loi confère un pouvoir général de réparation, autorisant le tribunal à rendre les ordonnances qu'il juge indiquées—L'accès aux tribunaux d'une manière rapide et proportionnée est ce qui satisfait davantage à l'objet de la Loi—Une interprétation de l'art. 53.2 qui permet les demandes ou les actions satisfait cet objet—Une telle interprétation ne rend pas les art. 53(5), 53.1(2) et 58 redondants—Appel accueilli.

Marques de commerce—Contrefaçon—Introduction des procédures—L'appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l'achalandage et commercialisation trompeuse en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*—Il s'agissait d'établir si le recours pouvait être introduit par voie d'avis de demande ou s'il pouvait être introduit comme s'il s'agissait d'une action—L'interprétation favorisant un accès aux tribunaux d'une manière rapide et proportionnée est celle qui satisfait le mieux à l'objet de la Loi—À cette fin, l'art. 53.2 de la Loi devrait être interprété de manière à permettre qu'une instance soit introduite par voie de demande ou d'action.

Buckingham c. Canada (C.A.F.) 86

Impôt sur le revenu—Sociétés—Appels d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) selon laquelle l'intimé (l'appelant dans A-225-10) n'est pas redevable, en sa qualité d'administrateur de diverses sociétés, des montants que les sociétés ont omis de verser à titre de retenues à la source en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR), du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais que sa responsabilité était engagée à l'égard des défauts de versement de la TPS/TVH en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*—L'intimé était le président du conseil et l'actionnaire le plus important d'une société par actions offrant des services d'éducation—Cette société a éprouvé de graves difficultés financières et a cessé toutes ses activités en septembre 2003—Elle a fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'art. 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* et de l'art. 227.1 de la LIR—La C.C.I. a appliqué une norme objective, a analysé les versements des retenues à la source sur le salaire distinctement des versements de la TPS/TVH—La norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur l'art. 227.1(3) de la LIR est-elle une norme objective?; La norme fondée sur l'art. 227.1(3) de la LIR s'applique-t-elle différemment lorsqu'elle est fondée sur l'art. 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*?; Un moyen de défense valable fondé sur l'art. 227.1(3) de la LIR est-il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

that attention turned to required remittances, that duty of care, diligence, skill exercised to prevent corporation's failure to remit amounts owed—No fundamental conceptual difference existing between employee source deductions remittances, GST/HST remittances justifying separate analysis of duty of care, diligence, skill defence—Liability of directors under ITA, s. 227.1(1) not conditional on existence of sufficient cash in corporation to pay remittances of employee source deductions—Once T.C.C. finding that respondent's efforts no longer directed towards avoidance of failures to remit, defences under ITA, s. 227.1(3), *Excise Tax Act*, s. 323(3) not sustainable—T.C.C. therefore erring in finding that defence under ITA, s. 227.1(3) available to respondent—Appeal allowed in A-224-10; appeal dismissed in A-225-10.

Customs and Excise—Excise Tax Act—Tax Court of Canada (T.C.C.) finding, *inter alia*, respondent (appellant in A-225-10) liable for failure to make GST/HST remittances under *Excise Tax Act*—Whether applicable standard of care, diligence, skill under *Excise Tax Act*, s. 323(3) objective standard; whether successful defence thereunder can be sustained where directors' efforts focussing on curing failures to remit rather than on preventing them—Standard of care, skill, diligence required under *Excise Tax Act*, s. 323(3) constituting objective standard—Once T.C.C. finding that respondent's efforts no longer directed towards avoidance of failures to remit, defence under s. 323(3) not sustainable—Therefore, T.C.C. correctly concluding that s. 323(3) defence not available to respondent.

Excelsior Medical Corporation v. Canada (Attorney General) (F.C.) 52

Patents—Practice—“Maintenance fees”—Judicial review of Canadian Patent Office decision that applicant's patent dead,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à les prévenir?—La norme de soin, d'habileté et de diligence requise en vertu de l'art. 227.1(3) de la LIR et de l'art. 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* constitue une norme objective—Pour invoquer des moyens de défense fondés sur la LIR et la *Loi sur la taxe d'accise*, l'administrateur doit démontrer qu'il s'est préoccupé des versements requis et qu'il s'est acquitté de son obligation de soin, de diligence et d'habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés—Il n'y a aucune différence conceptuelle fondamentale entre les versements des retenues à la source sur les salaires et les versements de TPS/TVH qui justifierait une analyse distincte de l'obligation de soin, de diligence et d'habileté—La responsabilité des administrateurs visée à l'art. 227.1(1) de la LIR n'est pas assujettie à la condition que la société dispose de suffisamment de fonds pour effectuer les versements des retenues à la source sur les salaires—Une fois que la C.C.I. a conclu que les efforts déployés par l'intimé ne visaient plus à éviter les défauts de versement, les moyens de défense fondés sur l'art. 227.1(3) de la LIR et sur l'art. 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne pouvaient être retenus—La C.C.I. a donc commis une erreur en établissant que l'intimé pouvait invoquer un moyen de défense fondé sur l'art. 227.1(3) de la LIR—Appel accueilli dans A-224-10; appel rejeté dans A-225-10.

Douanes et Accise—Loi sur la taxe d'accise—La Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) a établi, entre autres choses, que l'intimé (l'appelant dans A-225-10) était redevable de l'omission d'effectuer des versements de TPS/TVH en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*—La norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur l'art. 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est-elle une norme objective?; Un moyen de défense valable fondé sur cette disposition est-il recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à les prévenir?—La norme de soin, de diligence et d'habileté fondée sur l'art. 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* constitue une norme objective—Une fois que la C.C.I. a conclu que les efforts déployés par l'intimé ne visaient plus à éviter les défauts de versement, le moyen de défense fondé sur l'art. 323(3) ne pouvait être retenu—Par conséquent, la C.C.I. a conclu, avec raison, que l'intimé ne pouvait pas invoquer un moyen de défense fondé sur l'art. 323(3).

Excelsior Medical Corporation c. Canada (Procureur général) (C.F.) 52

Brevets—Pratique—« Taxes périodiques »—Contrôle judiciaire de la décision du Bureau des brevets du Canada, selon

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

beyond point of reinstatement—Patent application filed in Canada, having Canadian patent agent firm of record—After patent assigned, patent application transferred to new patent agent but previous patent agent remaining patent agent of record—Since grace period for reviving patent application expired, new patent agent filing request for reinstatement of application, paying fees—While application initially reinstated, Office subsequently revoking reinstatement since fees not paid by authorized correspondent—Both patent agents notified of revocation; fees refunded to new patent agent—Whether *Patent Rules*, s. 6(1) inconsistent with *Patent Act*, s. 73(3) such that Commissioner must accept payment of maintenance fees from anyone on behalf of applicant; whether Rules, s. 6 creating positive duty only on Commissioner, no positive duty existing on applicant to tender maintenance fees only through authorized representative—When read harmoniously with Act, s. 73(3), all other relevant provisions thereof, Rules, s. 6(1) interpreted as creating orderly scheme for prosecution of applications, payment of maintenance fees through applicant or through appointed agent—Rules, s. 6(1) in harmony with Act, other relevant *Patent Rules*—Provisions of Act, Rules not addressing what happens when Commissioner acting upon communication when patent application alive as in present case—Once letter for reinstatement, applicable fees accepted by Commissioner during period when application alive, Office not having authority to undo situation—However, since refund paid out as requested in present case, maintenance fees no longer paid; therefore, patent application dead—Application dismissed.

Excelsior Medical Corporation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 81

Patents—Practice—“Maintenance fees”—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Patent Office determination that patent application dead by reason

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

laquelle la demande de brevet de la demanderesse était caduque et ne pouvait plus être réactivée—Une demande de brevet avait été déposée au Canada, et un cabinet canadien d’agents de brevets était inscrit au dossier—Après que le brevet eut été cédé, la demande de brevet a été transférée au nouvel agent de brevets, mais l’agent précédent est demeuré l’agent de brevets inscrit au dossier—Étant donné que le délai de grâce pour réactiver la demande de brevet était expiré, un nouvel agent de brevets a déposé une demande de rétablissement et a acquitté les taxes applicables—Même si la demande a d’abord été rétablie, le Bureau des brevets a, par la suite, annulé ce rétablissement, étant donné que les taxes n’avaient pas été acquittées par le correspondant autorisé—Les deux agents de brevets ont été avisés de la révocation; les taxes ont été remboursées au nouvel agent de brevets—L’art. 6(1) des *Règles sur les brevets* est-il incompatible avec l’art. 73(3) de la *Loi sur les brevets*, de sorte que le commissaire doit accepter le paiement de la taxe périodique, peu importe l’identité de la personne qui offre de l’acquitter au nom de la demanderesse? L’art. 6 des *Règles* ne prévoit-il une obligation impérative que pour le commissaire, de sorte que la demanderesse n’est pas assujettie à l’obligation impérative de payer la taxe périodique uniquement par l’intermédiaire d’un représentant autorisé?—Lorsqu’on l’interprète de façon harmonieuse avec l’art. 73(3) de la *Loi*, et toutes les autres dispositions pertinentes de celle-ci, l’art. 6(1) des *Règles* a pour effet de créer un régime ordonné en ce qui concerne la poursuite des demandes et le paiement de la taxe périodique par l’intermédiaire du demandeur ou par l’intermédiaire de l’agent de brevets désigné—L’art. 6(1) des *Règles* s’applique de façon harmonieuse avec la *Loi* et les autres dispositions applicables des *Règles sur les brevets*—Rien, dans les dispositions de la *Loi* ou les *Règles* ne précise ce qui arrive lorsque le commissaire reçoit une communication et y donne suite, advenant qu’une demande de brevet est toujours active, comme dans le cas présent—Une fois que la demande de rétablissement et le règlement de la taxe applicable ont été acceptés par le commissaire au cours de la période où la demande est active, le Bureau des brevets n’a pas le pouvoir de changer la situation—Cependant, étant donné que le remboursement a été effectué tel que demandé, dans le cas présent, la taxe périodique n’a pas été payée; par conséquent, la demande de brevet est caduque—Demande rejetée.

Excelsior Medical Corporation c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 81

Brevets—Pratique—« Taxes périodiques »—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire relative à la décision du Bureau canadien des brevets

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of failure of appellant's authorized correspondent to pay maintenance fees before end of grace period—Although maintenance fees paid within grace period, paid by non-authorized patent agent—Patent application reinstated by Patent Office but later considered dead after fees refunded to non-authorized patent agent—Federal Court finding that patent application reinstated after fees accepted by Office but that subsequent refund thereof nullifying reinstatement—Federal Court correctly dismissing judicial review but for wrong reasons—Acceptance of maintenance fees, whether within or outside reinstatement period, from someone other than applicant's authorized correspondent not reinstating patent application—Patent Office's acceptance or refund of maintenance fees not creating or extinguishing rights—Appeal dismissed.

Sandramoorthy v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 32

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by immigration officer rejecting application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Applicants, Sri Lankans, declared inadmissible due to inadmissibility of principal applicant's spouse, child (Pirinthan) pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 42(a), *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 72(1)(e)(i)—Officer not waiving inadmissibility—Whether officer erring in application of Act, s. 42(a), Regulations, ss. 1(3) (definition of “family member”), 72(1)(e)(i)—Officer's decision lacking justification, transparency, intelligibility—Spouse “family member” *vis-à-vis* principal applicant, not children—Act, s. 42(a) thus correctly applied in case of principal applicant but not children—Neither Act, s. 42(a), Regulations, s. 72(1)(e)(i) rendering children inadmissible—Contention that applicant Niransani dependent child, accompanying family member because age locked in at time of H&C application not supported in officer's reasons—Not clear age “lock-in” applying in H&C context—Officer's rationale unclear when considering impact of Pirinthan's inadmissibility on applicants—Not meeting “substantive”, “accountability”, “justification, transparency and intelligibility” purposes set out in *Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*—Applicant Anojan inadmissible

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

selon laquelle la demande de brevet était caduque parce que le correspondant autorisé de l'appelante avait omis de payer la taxe périodique avant l'expiration du délai de grâce—Même si la taxe périodique a été acquittée à l'intérieur du délai de grâce, elle a été payée par un agent de brevets qui n'était pas le correspondant autorisé—La demande de brevet a été rétablie par le Bureau des brevets, mais a par la suite été considérée comme caduque, après que la taxe eut été remboursée à un agent de brevets qui n'était pas un correspondant autorisé—La Cour fédérale a conclu que la demande de brevet avait été rétablie, une fois que la taxe périodique eut été acceptée par le Bureau des brevets, mais que le remboursement ultérieur de la taxe avait annulé le rétablissement—La Cour fédérale a rejeté à bon droit la demande de contrôle judiciaire, mais pour des motifs erronés—L'acceptation de la taxe périodique payée par une autre personne que le correspondant autorisé d'un demandeur, que ce soit pendant la période de rétablissement ou non, ne rétablit pas une demande de brevet—L'acceptation par le Bureau des brevets de la taxe périodique ou le remboursement de celle-ci ne crée ni n'éteint de droits—Appel rejeté.

Sandramoorthy c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 32

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent d'immigration qui a rejeté une demande de résidence permanente présentée au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire—Les demandeurs, des Sri-Lankais, ont été déclarés interdits de territoire à cause de l'interdiction de territoire de l'époux de la demanderesse principale et de l'enfant (Pirinthan) conformément à l'art. 42a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et à l'art. 72(1)e)(i) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*—L'agent a refusé de lever l'interdiction de territoire—Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en appliquant l'art. 42a), ainsi que les art. 1(3) (définition de « membre de la famille ») et 72(1)e)(i) du Règlement—La décision de l'agent manque de justification, de transparence et d'intelligibilité—L'époux est un « membre de la famille » à l'égard de la demanderesse principale, et non à l'égard des enfants—L'art. 42a) de la Loi a donc été correctement appliqué en ce qui concerne la demanderesse principale, mais non en ce qui concerne les enfants—Ni l'article 42a) de la Loi ni l'art. 72(1)e)(i) du Règlement n'ont pour effet de rendre les enfants inadmissibles—La décision de l'agent, selon qui la demanderesse Niransani était une enfant à charge, un membre de la famille qui accompagnait la demanderesse principale, parce que la date déterminante de l'âge de celle-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

under Act, s. 42(b)—However, as officer’s application of Act, s. 42(a), Regulations, ss. 72(1)(e)(i) undermining decision not to grant waiver, matter returned for reconsideration—Application allowed.

Steel v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 143

Employment Insurance—Judicial review of Umpire’s decision confirming Board of Referees’ decision applicant’s income replacement benefits correctly allocated as earnings pursuant to *Employment Insurance Regulations*, s. 35(2)(d)—Applicant applying for regular employment insurance benefits after leaving employment—Later involved in car accident—Commission determining that income replacement benefits applicant receiving from motor vehicle insurer constituting earnings, transforming applicant’s claim into sickness benefits claim—Also determining that applicant owing Commission amount in overpayments—Whether Commission making any decision in respect of applicant’s write-off request on account of benefits overpayment; whether Umpire erring by affirming Commission’s calculation of overpayment amount—Commission neither considering nor refusing to consider write-off request—No indication applicant providing information to Commission detailing basis of any write-off request—Umpire not erring by concluding that income replacement benefits falling within definition of earnings pursuant to Regulations, s. 35(2)(d) but erring by affirming Commission’s quantification of overpayment given Commission’s concessions made before Umpire—Application allowed in part.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

ci était la date de la demande de résidence permanente pour des motifs d’ordre humanitaire, n’est aucunement étayée par les motifs sur lesquels s’appuie l’agent—Il n’est pas clair que la notion d’âge à la date déterminante s’applique dans le contexte des motifs d’ordre humanitaire—Le raisonnement de l’agent est incertain en ce qui concerne l’incidence de l’inadmissibilité de Pirinthan sur les demandeurs—Son raisonnement ne répond pas aux objectifs « sur le plan du fond », « de la responsabilité judiciaire », « de la justification, de la transparence et de l’intelligibilité » énoncés dans l’arrêt *Administration de l’aéroport international de Vancouver c. Alliance de la fonction publique du Canada*—Le demandeur Anojan est inadmissible aux termes de l’art. 42b) de la Loi—Toutefois, comme l’application de l’art. 42a) de la Loi et de l’art. 72(1)e)(i) du Règlement entache la décision de l’agent de ne pas lever l’interdiction, la demande est renvoyée pour réexamen—Demande accueillie.

Steel c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 143

Assurance-emploi—Contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre confirmant la décision du conseil arbitral selon laquelle l’indemnité de remplacement du revenu du demandeur a été correctement répartie à titre de rémunération conformément à l’art. 35(2)d) du *Règlement sur l’assurance-emploi*—Le demandeur a présenté une demande de prestations régulières d’assurance-emploi après avoir quitté son emploi—Plus tard, il a eu un accident de voiture—La Commission a établi que l’indemnité de remplacement de revenu que le demandeur a reçue de son assureur automobile constituait une rémunération, convertissant la demande du demandeur en demande de prestations de maladie—Elle a également établi que le demandeur devait rembourser une somme d’argent à la Commission au titre des versements excédentaires—La Commission a-t-elle rendu une décision relativement à la demande de défalcation du demandeur au titre d’un versement excédentaire de prestations; le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en confirmant le calcul fait par la Commission du montant du versement excédentaire des prestations?—La Commission n’a ni examiné ni refusé d’examiner une demande de défalcation—Il n’y avait aucune indication selon laquelle le demandeur a fourni à la Commission des renseignements exposant en détail le fondement d’une demande de défalcation—Le juge-arbitre n’a pas commis d’erreur en concluant que l’indemnité de remplacement de revenu répondait à la définition de rémunération énoncée à l’art. 35(2)d) du Règlement mais il a commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire établi par la Commission vu les concessions que la Commission a faites devant le juge-arbitre—Demande accueillie en partie.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Federal Court of Appeal Jurisdiction—*Per Stratas J.A.* (concurring): Federal Court of Appeal having jurisdiction to determine merits of applicant’s judicial review application—Whether applicant “other person” under *Employment Insurance Act*, ss. 114(1), 115, allowing him to appeal to Board of Referees, Umpire, then apply to Federal Court of Appeal for judicial review under Act, s. 118—During 1996 statutory reform, Parliament’s decision to add words “other person” to Act, ss. 114(1), 115 intended to allow persons, such as applicant, to appeal rulings on write-off requests to Board of Referees, Umpire, then to Federal Court of Appeal—Therefore, applicant considered “other person”, could apply for judicial review under Act, s. 118 to Federal Court of Appeal following appeals to Board, Umpire.

Toussaint v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 3

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeals from Federal Court decisions dismissing judicial reviews of respondent’s refusal to waive *Immigration and Refugee Protection Regulations*, s. 307 fee for processing *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 25(1) application—Appellants, foreign nationals, not complying with Regulations, s. 10(1)(d) (proof of payment of applicable fee) in submitting s. 25(1) application—Claiming undue hardship, requesting waiver of fees—Federal Court concluding required fee precondition to making valid subsection 25(1) application—Whether s. 25(1) giving respondent authority to waive application fee—On proper interpretation of IRPA, s. 25(1), respondent obliged to consider request for exemption from paying fee—If foreign national having potentially meritorious claim for discretionary grant of permanent residence under subsection 25(1), no obvious policy objection to process facilitating s. 25(1) application by fee waiver—Appeals allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Compétence de la Cour d’appel fédérale—Le juge Stratas, J.C.A. (motifs concordants) : La Cour d’appel fédérale a compétence pour établir le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire du demandeur—Le demandeur est-il une « autre personne » en vertu des art. 114(1) et 115 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ce qui lui permettrait d’interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, et ensuite de déposer auprès de la Cour d’appel fédérale une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’art. 118 de la Loi?—Au moment de la réforme législative de 1996, la décision du Parlement d’ajouter les mots « quiconque » (en anglais, *other person*) aux art. 114(1) et 115 avait pour but de permettre à des personnes, comme le demandeur, de faire appel de décisions relatives aux demandes de défalcation devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, puis de saisir la Cour d’appel fédérale—Par conséquent, le demandeur, considéré comme une « autre personne », pouvait déposer une demande en contrôle judiciaire à la Cour d’appel fédérale en vertu de l’art. 118 de la Loi après avoir interjeté appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre.

Toussaint c. Canada (Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 3

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appels de décisions de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire du refus de l’intimé de lever l’obligation d’acquitter les frais prévus à l’art. 307 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, quant au traitement d’une demande présentée au titre de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (LIPR)—Les appelants, des étrangers, ne se sont pas conformés à l’art. 10(1)d) (récépissé de paiement des droits applicables) lorsqu’ils ont présenté leurs demandes en vertu de l’art. 25(1)—Ils ont allégué qu’il s’agissait d’une contrainte financière excessive et ont demandé une dispense du paiement des frais—La Cour fédérale a conclu que l’obligation de payer les frais était une condition de validité de la demande présentée au titre de l’art. 25(1)—Il s’agissait de savoir si l’art. 25(1) confère à l’intimé le pouvoir de lever l’obligation de payer les frais prévus à l’égard d’une demande—Selon une interprétation correcte de l’art. 25(1) de la LIPR, l’intimé est tenu d’examiner une demande de dispense de l’obligation de payer les frais—Si un étranger est en mesure de démontrer que, dans son cas, l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder la résidence permanente au titre de l’art. 25(1) serait justifié, rien ne s’oppose, en principe, à ce qu’on puisse faciliter sa demande au moyen d’une dispense de paiement des frais—Appels accueillis.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Federal Court dismissing judicial reviews of respondent’s refusal to waive *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1) application fee—Whether failure of Governor in Council to permit waiver of fees infringing Charter, s. 7 rights of foreign nationals living in poverty submitting s. 25(1) applications—Rights of appellants under Charter, s. 7 not engaged by failure to consider fee waiver—Removal of appellants prior to consideration of humanitarian, compassionate grounds raised in s. 25(1) applications not depriving them of right to life, liberty or security.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Federal Court dismissing judicial reviews of respondent’s refusal to waive *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1) application fee—Absence of provision for waiver of fee would not infringe Charter, s. 15 rights of foreign national submitting s. 25(1) application—Such absence not causing disproportionate hardship, not affecting access to justice, not perpetuating prejudice, stereotyping.

Constitutional Law—Fundamental Principles—Federal Court dismissing judicial reviews of respondent’s refusal to waive *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 25(1) application fee—Absence of provision for waiver of fee not contrary to right of access to courts or to rule of law—Access to respondent under s. 25(1) not same as, or analogous to, access to courts—Rule of law cannot be used to create fee waiver where none existing in legislation.

SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l’intimé de lever l’obligation d’acquitter les frais prévus pour le traitement d’une demande présentée au titre de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Il s’agissait de savoir si l’omission de la gouverneure en conseil de permettre une dispense du paiement des frais pour les étrangers qui vivent dans la pauvreté et souhaitent présenter une demande en application de l’art. 25(1) contrevient à l’art. 7 de la Charte—Les droits que garantit l’art. 7 de la Charte aux appelants n’entrent pas en jeu par suite du défaut d’examiner leurs demandes de dispense des frais—Le renvoi des appelants, avant l’examen des motifs d’ordre humanitaire soulevés dans leurs demandes présentées en vertu de l’art. 25(1), ne les prive pas de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l’intimé de lever l’obligation d’acquitter les frais prévus pour le traitement d’une demande présentée au titre de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’absence d’une disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne contreviendrait pas aux droits, garantis à l’art. 15 de la Charte, des étrangers qui souhaitent présenter une demande de résidence permanente en application de l’art. 25(1)—Cette absence de disposition ne cause pas de difficultés excessives, n’empêche pas d’accéder à la justice et ne perpétue pas un préjudice ou l’application de stéréotypes.

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l’intimé de lever l’obligation d’acquitter les frais prévus pour le traitement d’une demande présentée au titre de l’art. 25(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—L’absence de disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne va pas à l’encontre du droit d’accès aux tribunaux ou de la primauté du droit—L’accès à l’intimé en application de l’art. 25(1) n’est pas analogue à l’accès aux tribunaux—La primauté du droit ne peut pas servir à créer une dispense du paiement des frais s’il n’en existe aucune dans la loi.

**Federal Courts
Reports**

2013, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2013, Vol. 1, 1^{er} fascicule

2011 FCA 146
A-408-09

2011 CAF 146
A-408-09

Nell Toussaint (*Appellant*)

Nell Toussaint (*appelante*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

and

et

Charter Committee on Poverty Issues (*Intervener*)

Charter Committee on Poverty Issues (*intervenant*)

A-501-09

A-501-09

Ben Ndungu (*Appellant*)

Ben Ndungu (*appelant*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(*intimé*)

INDEXED AS: TOUSSAINT v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : TOUSSAINT c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, January 19; Ottawa, April 29, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 19 janvier; Ottawa, 29 avril 2011.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeals from Federal Court decisions dismissing judicial reviews of respondent's refusal to waive Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 307 fee for processing Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 25(1) application — Appellants, foreign nationals, not complying with Regulations, s. 10(1)(d) (proof of payment of applicable fee) in submitting s. 25(1) application — Claiming undue hardship, requesting waiver of fees — Federal Court concluding required fee precondition to making valid subsection 25(1) application — Whether s. 25(1) giving respondent authority to waive application fee — On proper interpretation of IRPA, s. 25(1), respondent obliged to consider request for exemption from paying fee — If foreign national having potentially meritorious claim for discretionary grant of permanent residence under subsection 25(1), no obvious policy objection to process facilitating s. 25(1) application by fee waiver — Appeals allowed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appels de décisions de la Cour fédérale rejetant des demandes de contrôle judiciaire du refus de l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus à l'art. 307 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, quant au traitement d'une demande présentée au titre de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (LIPR) — Les appelants, des étrangers, ne se sont pas conformés à l'art. 10(1)d) (récépissé de paiement des droits applicables) lorsqu'ils ont présenté leurs demandes en vertu de l'art. 25(1) — Ils ont allégué qu'il s'agissait d'une contrainte financière excessive et ont demandé une dispense du paiement des frais — La Cour fédérale a conclu que l'obligation de payer les frais était une condition de validité de la demande présentée au titre de l'art. 25(1) — Il s'agissait de savoir si l'art. 25(1) confère à l'intimé le pouvoir de lever l'obligation de payer les frais prévus à l'égard d'une demande — Selon une interprétation correcte de l'art. 25(1) de la LIPR,

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Federal Court dismissing judicial reviews of respondent's refusal to waive Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) application fee — Whether failure of Governor in Council to permit waiver of fees infringing Charter, s. 7 rights of foreign nationals living in poverty submitting s. 25(1) applications — Rights of appellants under Charter, s. 7 not engaged by failure to consider fee waiver — Removal of appellants prior to consideration of humanitarian, compassionate grounds raised in s. 25(1) applications not depriving them of right to life, liberty or security.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Federal Court dismissing judicial reviews of respondent's refusal to waive Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) application fee — Absence of provision for waiver of fee would not infringe Charter, s. 15 rights of foreign national submitting s. 25(1) application — Such absence not causing disproportionate hardship, not affecting access to justice, not perpetuating prejudice, stereotyping.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Federal Court dismissing judicial reviews of respondent's refusal to waive Immigration and Refugee Protection Act, s. 25(1) application fee — Absence of provision for waiver of fee not contrary to right of access to courts or to rule of law — Access to respondent under s. 25(1) not same as, or analogous to, access to courts — Rule of law cannot be used to create fee waiver where none existing in legislation.

These were appeals from two Federal Court decisions dismissing the appellants' applications for judicial review of the

l'intimé est tenu d'examiner une demande de dispense de l'obligation de payer les frais — Si un étranger est en mesure de démontrer que, dans son cas, l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder la résidence permanente au titre de l'art. 25(1) serait justifié, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'on puisse faciliter sa demande au moyen d'une dispense de paiement des frais — Appels accueillis.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus pour le traitement d'une demande présentée au titre de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Il s'agissait de savoir si l'omission de la gouverneure en conseil de permettre une dispense du paiement des frais pour les étrangers qui vivent dans la pauvreté et souhaitent présenter une demande en application de l'art. 25(1) contrevient à l'art. 7 de la Charte — Les droits que garantit l'art. 7 de la Charte aux appelants n'entrent pas en jeu par suite du défaut d'examiner leurs demandes de dispense des frais — Le renvoi des appelants, avant l'examen des motifs d'ordre humanitaire soulevés dans leurs demandes présentées en vertu de l'art. 25(1), ne les prive pas de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus pour le traitement d'une demande présentée au titre de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'absence d'une disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne contreviendrait pas aux droits, garantis à l'art. 15 de la Charte, des étrangers qui souhaitent présenter une demande de résidence permanente en application de l'art. 25(1) — Cette absence de disposition ne cause pas de difficultés excessives, n'empêche pas d'accéder à la justice et ne perpétue pas un préjudice ou l'application de stéréotypes.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Rejet par la Cour fédérale des demandes de contrôle judiciaire du refus de l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus pour le traitement d'une demande présentée au titre de l'art. 25(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'absence de disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne va pas à l'encontre du droit d'accès aux tribunaux ou de la primauté du droit — L'accès à l'intimé en application de l'art. 25(1) n'est pas analogue à l'accès aux tribunaux — La primauté du droit ne peut pas servir à créer une dispense du paiement des frais s'il n'en existe aucune dans la loi.

Il s'agissait d'appels de deux décisions de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire des appelants du

respondent's refusal to waive the fee stipulated by section 307 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* that must be paid for processing a permanent resident application under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA).

The appellants, foreign nationals without permanent resident status or visas, each submitted a subsection 25(1) application but did not comply with paragraph 10(1)(d) of the Regulations requiring them to include proof that they had paid the application fee. The appellants claimed that the payment of the fee would cause them undue financial hardship, and requested that the fee be waived. The Federal Court accepted the respondent's interpretation of subsection 25(1) (i.e. that the required fee is a precondition to the making of a valid subsection 25(1) application), considering it to be more consistent with the object and purpose of the statutory scheme that includes subsection 25(1). The Federal Court also concluded that there is no constitutional principle compelling the Governor in Council to enact regulations governing the waiver of fees payable under IRPA.

At issue was whether subsection 25(1) gives the respondent the authority to waive the requirement in paragraph 10(1)(d) to pay the application fee and, if not, whether the failure of the Governor in Council to enact regulations permitting the waiver of fees for foreign nationals living in poverty who wish to make a subsection 25(1) application infringed the rights of the appellants under section 7 or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), or the rule of law or the common law constitutional right of access to the courts.

Held, the appeals should be allowed.

There is nothing in the scheme of IRPA or the statutory context to compel the conclusion that the obligation under paragraph 10(1)(d) of the Regulations to pay a fee for a subsection 25(1) application is not within the scope of the phrase "any applicable criteria or obligation of this Act" in subsection 25(1) of IRPA. On a proper interpretation of subsection 25(1), the respondent is obliged to consider a request for an exemption from the requirement in section 307 of the Regulations to pay a fee for processing an application under subsection 25(1). The principle that immigration is a privilege means that a subsection 25(1) applicant has no legal right to a favourable decision by the respondent on any request for an exemption. However, that principle says nothing about the scope of the respondent's discretion under subsection 25(1) or

refus de l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus à l'article 307 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* pour le traitement d'une demande de résidence permanente présentée au titre du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR).

Les appelants, des étrangers sans statut de résident permanent ni visas, ont chacun présenté une demande de résidence permanente en application du paragraphe 25(1), mais ils ne se sont pas conformés à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, qui exige que les demandes soient accompagnées d'un récépissé de paiement des droits applicables. Les appelants ont allégué que le paiement des frais constituerait une contrainte financière excessive et ont demandé une dispense du paiement des frais. La Cour fédérale a accepté l'interprétation de l'intimé du paragraphe 25(1) (c.-à-d. que l'obligation de payer les frais est une condition de validité de la demande présentée au titre du paragraphe 25(1)), estimant que cette interprétation était davantage compatible avec l'objet du régime législatif, lequel comprend le paragraphe 25(1). La Cour fédérale a également conclu qu'aucun principe constitutionnel n'obligeait la gouverneure en conseil à prendre un règlement régissant la dispense de frais exigibles en vertu de la LIPR.

La question à trancher était de savoir si le paragraphe 25(1) confère à l'intimé le pouvoir de lever l'obligation, prévue à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, de payer les frais prévus à l'égard d'une demande et, dans la négative, si l'omission de la gouverneure en conseil d'adopter un règlement permettant une dispense du paiement des frais pour les étrangers qui vivent dans la pauvreté et souhaitent présenter une demande de résidence permanente en application du paragraphe 25(1) contrevient aux droits des appelants garantis à l'article 7 ou à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), ou à la primauté du droit ou au droit constitutionnel d'accès aux tribunaux en common law.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

Rien dans le régime de la LIPR ou le contexte législatif n'oblige à conclure que l'obligation, prévue à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, de payer des frais relativement à une demande fondée sur le paragraphe 25(1) ne fait pas partie de « tout ou partie des critères et obligations applicables » du paragraphe 25(1) de la LIPR. Selon une interprétation correcte du paragraphe 25(1), l'intimé est obligé d'examiner une demande de dispense de l'obligation prévue à l'article 307 du Règlement quant au paiement des frais de traitement d'une demande présentée au titre du paragraphe 25(1). Le principe voulant que l'immigration soit un privilège signifie que celui qui présente une demande en vertu du paragraphe 25(1) n'a pas droit à une décision favorable de l'intimé quant à une demande de dispense. Toutefois, ce principe ne donne aucune

whether it should be interpreted narrowly or broadly. Giving the respondent the authority to facilitate a process that might lead to a foreign national being granted the status of a permanent resident is more consistent with the objectives in subsection 3(1) of IRPA to pursue the maximum economic benefits of immigration, to support the development of a strong and prosperous economy, and to promote the goal of the successful integration of permanent residents to Canada. A foreign national who is not a permanent resident does not have an unqualified right to work to achieve self-sufficiency. If such a person has a potentially meritorious claim for a discretionary grant of permanent residence under subsection 25(1), there is no obvious policy objection to a process that could facilitate that person's subsection 25(1) application by a fee waiver. The stated objectives of IRPA will not be harmed by adopting the appellants' proposed interpretation of subsection 25(1). Section 89 of IRPA, which provides that the Regulations may govern cases in which fees may be waived, is not an indication that Parliament intended the respondent to have no discretion to waive fees. There is no reason in principle why Parliament would not authorize the respondent to waive the fee for a subsection 25(1) application on humanitarian and compassionate or public policy grounds, on a case-by-case basis, while at the same time authorizing the Governor in Council to enact regulations governing when a fee may be waived. In light of the section 39 of IRPA requirement that foreign nationals be financially stable and independent, it is more consistent with the objectives of IRPA to interpret subsection 25(1) in a way that allows the respondent to waive the application fee, than to interpret it in a way that bars any such relief. Finally, the risk of an increased administration burden as a result of considering requests for a fee waiver is not a reason to adopt the respondent's interpretation of subsection 25(1).

While the above was sufficient for allowing the appeal, the second question and the constitutional issues were nonetheless considered. The rights of the appellants under section 7 of the Charter were not engaged by the failure of the respondent to consider their requests for a fee waiver. Their removal prior to consideration of the humanitarian and compassionate grounds raised in their subsection 25(1) applications does not deprive them of their right to life, liberty or security of the person, and they have not been deprived of any rights without the application of the principles of fundamental justice. Nor would the absence of a provision for the waiver of the subsection 25(1) fee constitute discrimination against the appellants

indication sur la portée du pouvoir discrétionnaire de l'intimé en application du paragraphe 25(1), ou si ce pouvoir devrait être interprété étroitement ou largement. Donner à l'intimé le pouvoir de faciliter un processus susceptible d'amener un étranger à obtenir le statut de résident permanent est davantage compatible avec les objets du paragraphe 3(1) de la LIPR, qui sont de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages économiques, de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada, et de promouvoir l'intégration des résidents permanents au Canada. L'étranger qui se trouve au Canada et n'a pas le statut de résident permanent ne jouit pas du droit absolu de travailler pour assurer son autonomie. Si cette personne est en mesure de démontrer que, dans son cas, l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'accorder la résidence permanente au titre du paragraphe 25(1) serait justifié, rien ne s'oppose, en principe, à ce qu'on puisse faciliter sa demande au moyen d'une dispense de paiement des frais. Adopter l'interprétation proposée par les appelants à l'égard du paragraphe 25(1) n'est pas susceptible de porter atteinte aux objectifs déclarés de la LIPR. L'article 89 de la LIPR, qui stipule que les règlements peuvent prévoir des cas de dispense de paiement des frais, n'est pas une indication que le législateur voulait que l'intimé ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire pour dispenser du paiement des frais. Il n'y a aucune raison pour laquelle le législateur n'aurait pas jugé approprié d'autoriser l'intimé à accorder une dispense du paiement des frais à l'égard d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire ou d'intérêt public en application du paragraphe 25(1), au cas par cas, tout en autorisant en même temps la gouverneure en conseil à prendre des règlements régissant les cas de dispense. À la lumière de l'article 39 de la LIPR, qui exige des étrangers la stabilité et l'indépendance financières, il serait plus conforme aux objectifs de la LIPR d'interpréter le paragraphe 25(1) d'une façon qui permettrait à l'intimé d'accorder la dispense du paiement de ces frais, plutôt que de l'interpréter d'une façon qui empêcherait l'application de cette mesure. Enfin, le risque d'une charge administrative accrue, résultant de l'examen des demandes de dispense de paiement des frais, ne constitue pas en soi un motif valable d'adopter l'interprétation proposée par l'intimé à l'égard du paragraphe 25(1).

Même si ce qui précède était suffisant pour que l'appel soit accueilli, la deuxième question et les questions constitutionnelles ont néanmoins été examinées. Les droits que garantit l'article 7 de la Charte aux appelants n'entrent pas en jeu par suite du défaut de l'intimé d'examiner leurs demandes de dispense des frais. Le fait qu'ils soient renvoyés avant l'examen des motifs d'ordre humanitaire soulevés dans leurs demandes présentées en vertu du paragraphe 25(1) ne les prive pas de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne, et ils n'ont été privés d'aucun droit sans application des principes de justice fondamentale. Et l'absence de disposition prévoyant la dispense du paiement des frais pour

contrary to subsection 15(1) of the Charter: it does not cause disproportionate hardship to impoverished foreign nationals in Canada, affect access to a process for claiming a legal right, or create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. Finally, the absence of a provision for the waiver of fees is not contrary to the common law constitutional right of access to the courts or to the rule of law. Access to the respondent under subsection 25(1) of IRPA is not the same as, or analogous to, access to the courts because the respondent's authority under subsection 25(1) is limited to providing an exceptional discretionary benefit. In the context of the immigration provisions of IRPA, the rule of law cannot be used to create a fee waiver where none exists in the legislation.

For these reasons, the judgments of the Federal Court were set aside and both matters were referred back to the respondent for consideration of the requests of the appellants for a waiver of the subsection 25(1) application fees.

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. 7, 15.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 2(1) “foreign national”, (2), 3, 5(1),(2) (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 2), 25(1) (as am. *idem*, c. 28, s. 117), 26, 34, 35, 38, 39, 41, 74(d), 89, 148, 150.

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 10(1), 66, 307.

CASES CITED

REFERRED TO:

Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125.

APPEALS from two Federal Court decisions (*Toussaint v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 873, [2010] 3 F.C.R. 452, 198 C.R.R. (2d) 194, 350 F.T.R. 109; *Ndungu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1269, 87 Imm. L.R. (3d) 143) dismissing the appellants'

une demande présentée au titre du paragraphe 25(1) ne constituerait pas de la discrimination à l'endroit des appelants, au sens du paragraphe 15(1) de la Charte : elle ne cause pas de difficultés excessives pour les étrangers vivant dans la pauvreté au Canada, n'empêche pas d'accéder à un mécanisme permettant de faire valoir ses droits, ni ne crée de désavantage par la perpétuation d'un préjudice ou l'application de stéréotypes. Enfin, l'absence d'une disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne va pas à l'encontre du droit constitutionnel d'accès aux tribunaux en common law, ni à l'encontre de la primauté du droit. L'accès à l'intimé en application du paragraphe 25(1) de la LIPR n'est pas analogue à l'accès aux tribunaux parce que le pouvoir conféré à l'intimé au paragraphe 25(1) se limite à procurer un avantage discrétionnaire exceptionnel. Dans le contexte des dispositions de la LIPR relatives à l'immigration, la primauté du droit ne peut servir à créer une dispense du paiement des frais s'il n'en existe aucune dans la loi.

Pour ces motifs, les jugements de la Cour fédérale ont été annulés, et les deux affaires ont été renvoyées à l'intimé pour examen des demandes de dispense du paiement des frais exigibles à l'égard des demandes présentées par les appelants au titre du paragraphe 25(1).

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. 7, 15.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 2(1) « étranger », (2), 3, 5(1),(2) (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 2), 25(1) (mod., *idem*, ch. 28, art. 117), 26, 34, 35, 38, 39, 41, 74d), 89, 148, 150.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 10(1), 66, 294, 307.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION CITÉE :

Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 1 R.C.S. 711.

APPELS de deux décisions de la Cour fédérale (*Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 873, [2010] 3 R.C.F. 452; *Ndungu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1269) rejetant les demandes, par les appelants, de contrôle judiciaire du refus de

applications for judicial review of the respondent's refusal to waive the fee stipulated by section 307 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* that must be paid for processing a permanent resident application under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Appeals allowed.

l'intimé de lever l'obligation d'acquitter les frais prévus à l'article 307 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, quant au traitement d'une demande de résidence permanente présentée au titre du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Appels accueillis.

APPEARANCES

Andrew C. Dekany and *Angus Grant* for appellant Nell Toussaint.
Rocco Galati for appellant Ben Ndungu.
Martin Anderson, Kristina Dragaitis and *Mahan Keramati* for respondent.
Raj Anand for intervener.

ONT COMPARU

Andrew C. Dekany et *Angus Grant* pour l'appelante Nell Toussaint.
Rocco Galati pour l'appelant Ben Ndungu.
Martin Anderson, Kristina Dragaitis et *Mahan Keramati* pour l'intimé.
Raj Anand pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD

Andrew Dekany, Toronto, for applicant Nell Toussaint.
Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, for appellant Ben Ndungu.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
WeirFoulds LLP, Toronto, for intervener.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Andrew Dekany, Toronto, pour l'appelante Nell Toussaint.
Galati, Rodrigues & Associates, Toronto, pour l'appelant Ben Ndungu.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
WeirFoulds LLP, Toronto, pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] SHARLOW J.A.: These are appeals of two judgments of Justice Snider, reported as *Toussaint v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 873, [2010] 3 F.C.R. 452, and *Ndungu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 1269, 87 Imm. L.R. (3d) 143. The appeals were heard together based on serious questions of general importance certified by Justice Snider pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA). Those questions, which I have reworded slightly, are as follows:

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Il s'agit des appels de deux jugements de la juge Snider, répertoriés sous les intitulés *Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 873, [2010] 3 R.C.F. 452, et *Ndungu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 1269. Les appels ont été entendus ensemble compte tenu des questions graves de portée générale certifiées par la juge Snider en vertu de l'alinéa 74d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Ces questions, que j'ai quelque peu reformulées, sont les suivantes :

(1) On a proper interpretation of subsection 25(1) [as am. by S.C. 2008, c. 28, s. 117] of the IRPA, is the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) obliged to consider a request for an exemption from the requirement in paragraph 10(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227

1) Selon l'interprétation correcte du paragraphe 25(1) [mod. par L.C. 2008, ch. 28, art. 117] de la LIPR, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) est-il obligé d'examiner une demande de dispense de l'obligation prévue à l'alinéa 10(1)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des*

(the Regulations), to pay a fee for processing an application under subsection 25(1)?

(2) If not, then has the failure of the Governor in Council to enact regulations permitting the waiver of fees for foreign nationals living in poverty who wish to make an in-Canada application for permanent resident status pursuant to subsection 25(1) of the IRPA infringed:

(a) the rights of the appellants under section 7 or 15 of the *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] (Charter)], or

(b) the rule of law or the common law constitutional right of access to the courts?

[2] Justice Snider concluded that the answer to all of these questions is no, and on that basis dismissed the judicial review applications. I agree with Justice Snider on the second question. However, I respectfully disagree with her on the first question, and for that reason I would allow these appeals.

A. Background

[3] The description of the background to these appeals is divided into three parts: (1) Subsection 25(1) of the IRPA; (2) Provisions of the IRPA and the Regulations relating to fees; and (3) Relevant facts and litigation history.

1. *Subsection 25(1) of the IRPA*

[4] A foreign national may be granted the status of “permanent resident” under the IRPA. “Foreign national” is defined as follows in subsection 2(1) of the IRPA:

réfugiés, DORS/2002-227 (le Règlement), quant au paiement des frais de traitement d’une demande présentée au titre du paragraphe 25(1)?

2) Dans la négative, l’omission de la gouverneure en conseil d’adopter un règlement permettant une dispense du paiement des frais pour les étrangers qui vivent dans la pauvreté et souhaitent présenter depuis le Canada une demande de résidence permanente en application du paragraphe 25(1) de la LIPR contrevient-elle :

a) aux droits des appelants garantis à l’article 7 ou à l’article 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 Charte)];

b) soit à la primauté du droit, soit au droit constitutionnel d’accès aux tribunaux en common law?

[2] La juge Snider a conclu que la réponse à ces deux questions était négative et elle a donc rejeté les demandes de contrôle judiciaire. Je souscris à l’opinion de la juge Snider quant à la seconde question. Toutefois, en toute déférence, je suis en désaccord avec elle sur la première question et, pour cette raison, je suis d’avis d’accueillir les appels.

A. Contexte

[3] La description du contexte des présents appels se divise en trois parties : 1) le paragraphe 25(1) de la LIPR; 2) les dispositions de la LIPR et du Règlement relatives aux frais; 3) les faits pertinents et l’historique du litige.

1. *Paragraphe 25(1) de la LIPR*

[4] Un étranger peut obtenir le statut de « résident permanent » en vertu de la LIPR. Le terme « étranger » est défini comme suit au paragraphe 2(1) de la LIPR :

Definitions

2. ...

“foreign national”
« étranger »

“foreign national” means a person who is not a Canadian citizen or a permanent resident, and includes a stateless person.

[5] The status of permanent resident brings with it a number of important legal rights, including the right to enter and remain in Canada, and essentially the same rights as a citizen to work in Canada, and to receive social benefits, including health care.

[6] The normal procedure by which a foreign national becomes a permanent resident begins with an application submitted while the foreign national is outside Canada. However, subsection 25(1) of the IRPA permits a person to submit an “in-Canada” or “inland” application for permanent resident status with a request that the Minister exercise the discretion to grant specified relief. Subsection 25(1) read as follows at the time relevant to these appeals:

Humanitarian and compassionate considerations

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister’s own initiative or on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

(Section 25 was amended by subsection 4(1) of the *Balanced Refugee Reform Act*, S.C. 2010, c. 8, effective June 29, 2010. However, no one has argued that the amendments apply to the subsection 25(1) applications that are the subject of these appeals, which were made before the amendments came into force. For that reason, I have not taken the amendments into consideration.)

[7] A foreign national in Canada is eligible to submit a subsection 25(1) application only if he or she is

2. [...]

« étranger » Personne autre qu’un citoyen canadien ou un résident permanent; la présente définition vise également les apatrides.

[5] Le statut de résident permanent confère plusieurs droits importants, y compris le droit d’entrer et de séjourner au Canada, et surtout, à l’instar du citoyen, les droits de travailler au Canada et de bénéficier de certains avantages sociaux, notamment des soins de santé.

[6] Pour devenir résident permanent, l’étranger doit normalement commencer par présenter une demande alors qu’il se trouve hors du Canada. Toutefois, le paragraphe 25(1) de la LIPR permet à l’étranger se trouvant « au Canada » ou « au pays » de présenter une demande de statut de résident permanent et de demander au ministre d’exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder certaines mesures. Le paragraphe 25(1) était rédigé comme suit à l’époque pertinente aux présents appels :

25. (1) Le ministre doit, sur demande d’un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative ou sur demande d’un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s’il estime que des circonstances d’ordre humanitaire relatives à l’étranger — compte tenu de l’intérêt supérieur de l’enfant directement touché — ou l’intérêt public le justifient.

Définitions

« étranger »
“foreign national”

Séjour pour motif d’ordre humanitaire

(L’article 25 a été modifié par le paragraphe 4(1) de la *Loi sur des mesures de réforme équitables concernant les réfugiés*, L.C. 2010, ch. 8, qui est entrée en vigueur le 29 juin 2010. Toutefois, personne n’a fait valoir que les modifications s’appliquent aux demandes présentées au titre du paragraphe 25(1) qui font l’objet des présents appels et qui ont été soumises avant l’entrée en vigueur des modifications. Pour cette raison, je n’ai pas tenu compte des modifications.)

[7] L’étranger se trouvant au Canada peut présenter une demande au titre du paragraphe 25(1) seulement

inadmissible or does not meet the requirements of the IRPA. A foreign national may be inadmissible on any of the grounds stipulated in sections 34 to 42 of the IRPA. It is not necessary to summarize all of those provisions but I will note some examples.

[8] Under section 34, a foreign national is inadmissible on security grounds for, among other things, engaging in any of the listed acts of espionage, subversion, terrorism, or for being a danger to the security of Canada, unless the Minister is satisfied that the presence of the foreign national in Canada would not be detrimental to the national interest. Under section 35, a foreign national is inadmissible on the ground of violating human or international rights in one of the listed ways, again subject to a Ministerial exception. Under section 38, a foreign national is inadmissible on health grounds if, among other things, their health condition might reasonably be expected to cause excessive demand on health or social services.

[9] The categories of admissibility that are most relevant to the statutory context for these appeals are set out in section 39 (financial reasons) and section 41 (non-compliance with the IRPA). Those provisions read as follows:

Financial reasons

39. A foreign national is inadmissible for financial reasons if they are or will be unable or unwilling to support themselves or any other person who is dependent on them, and have not satisfied an officer that adequate arrangements for care and support, other than those that involve social assistance, have been made.

...

Non-compliance with Act

41. A person is inadmissible for failing to comply with this Act

(a) in the case of a foreign national, through an act or omission which contravenes, directly or indirectly, a provision of this Act; and

(b) in the case of a permanent resident, through failing to comply with subsection 27(2) or section 28.

s'il est interdit de territoire ou ne se conforme pas à la LIPR. L'étranger peut être interdit de territoire pour l'un des motifs précisés aux articles 34 à 42 de la LIPR. Il n'est pas nécessaire que je résume toutes ces dispositions; je me limiterai donc à donner quelques exemples.

[8] En vertu de l'article 34, emporte interdiction de territoire pour raison de sécurité, entre autres, le fait d'être l'auteur d'actes d'espionnage, de se livrer à la subversion ou au terrorisme ou de constituer un danger pour la sécurité du Canada, à moins que le ministre ne soit convaincu que la présence de l'étranger au Canada ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national. En vertu de l'article 35, emportent interdiction de territoire pour atteinte aux droits humains ou internationaux les faits y énumérés, sous réserve encore une fois d'une exception ministérielle. En vertu de l'article 38, est interdit de territoire pour motifs sanitaires, entre autres, l'étranger dont l'état de santé risque d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé.

[9] Les catégories d'admissibilité les plus pertinentes, compte tenu du contexte législatif des présents appels, sont énoncées à l'article 39 (motifs financiers) et à l'article 41 (manquement à la LIPR), que voici :

39. Emporte interdiction de territoire pour motifs financiers l'incapacité de l'étranger ou son absence de volonté de subvenir, tant actuellement que pour l'avenir, à ses propres besoins et à ceux des personnes à sa charge, ainsi que son défaut de convaincre l'agent que les dispositions nécessaires — autres que le recours à l'aide sociale — ont été prises pour couvrir leurs besoins et les siens.

[...]

Motifs financiers

Manquement à la loi

41. S'agissant de l'étranger, emportent interdiction de territoire pour manquement à la présente loi tout fait — acte ou omission — commis directement ou indirectement en contravention avec la présente loi et, s'agissant du résident permanent, le manquement à l'obligation de résidence et aux conditions imposées.

[10] Subsection 25(1) on its face imposes a legal obligation on the Minister to do certain things upon the request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of the IRPA. (It also permits the Minister to do those same things on his own initiative, or upon the request of a foreign national outside Canada, but those elements of subsection 25(1) are not in play in these appeals.)

[11] As I read subsection 25(1), the Minister's statutory obligation generally is as follows: (1) to examine the circumstances of the applicant; (2) to identify any humanitarian and compassionate considerations relating to the applicant (taking into account the best interests of a child directly affected), and any relevant public policy considerations; and (3) to form an opinion as to whether the humanitarian and compassionate considerations, or the public policy considerations, justify granting the applicant permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of the IRPA.

2. Provisions of the IRPA and the Regulations relating to fees

[12] The IRPA does not stipulate the procedural requirements for a subsection 25(1) application. The procedural requirements are established by regulations enacted by the Governor in Council pursuant to subsection 5(1) of the IRPA, which reads as follows:

Regulations 5. (1) Except as otherwise provided, the Governor in Council may make any regulation that is referred to in this Act or that prescribes any matter whose prescription is referred to in this Act.

Pursuant to subsection 5(2) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 2] of the IRPA, regulations proposed to be made under certain provisions of the IRPA must be tabled in Parliament and referred to a Parliamentary Committee before they can be enacted by the Governor in Council. No such Parliamentary reference was required for any regulations that are relevant to the issues in these appeals.

[10] Le paragraphe 25(1) impose à première vue au ministre l'obligation de faire certaines choses à la demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou ne se conforme pas à la LIPR. (Il permet également au ministre de faire ces mêmes choses de sa propre initiative ou sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, mais ces éléments du paragraphe 25(1) n'entrent pas en jeu en l'espèce.)

[11] Suivant mon interprétation du paragraphe 25(1), l'obligation du ministre consiste généralement à : 1) étudier le cas du demandeur; 2) déterminer les considérations d'ordre humanitaire relatives au demandeur (compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché) et les considérations d'intérêt public pertinentes; 3) se former une opinion quant à savoir si les considérations d'ordre humanitaire ou d'intérêt public justifient d'octroyer au demandeur le statut de résident permanent ou de lever tout ou partie des critères et obligations applicables de la LIPR.

2. Dispositions de la LIPR et du Règlement relatives aux frais

[12] La LIPR ne précise pas les exigences procédurales applicables aux demandes présentées au titre du paragraphe 25(1). Ces exigences sont établies par règlement pris par le gouverneur en conseil en vertu du paragraphe 5(1) de la LIPR, qui est rédigé comme suit :

5. (1) Le gouverneur en conseil peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, prendre les règlements d'application de la présente loi et toute autre mesure d'ordre réglementaire qu'elle prévoit. Règlements

En vertu du paragraphe 5(2) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 2] de la LIPR, tout projet de règlement pris au titre de certaines dispositions de la LIPR doit être déposé au Parlement et renvoyé à un comité parlementaire avant que le règlement ne puisse être pris par le gouverneur en conseil. Aucun renvoi parlementaire n'était nécessaire pour ce qui est des dispositions réglementaires pertinentes quant aux questions en litige dans les présents appels.

[13] Section 26 of the IRPA authorizes the making of regulations relating to subsection 25(1), the provision in issue in this case. Section 26 read as follows at the relevant time (my emphasis):

Regulations **26.** The regulations may provide for any matter relating to the application of sections 18 to 25, and may include provisions respecting

(a) entering, remaining in and re-entering Canada;

(b) permanent resident status or temporary resident status, including acquisition of that status;

(c) the circumstances in which all or part of the considerations referred to in section 24 may be taken into account;

(d) conditions that may or must be imposed, varied or cancelled, individually or by class, on permanent residents and foreign nationals; and

(e) deposits or guarantees of the performance of obligations under this Act that are to be given to the Minister.

[14] Paragraph 26(b) of the IRPA permits regulations to be made regarding “permanent resident status”, including the “acquisition of that status”. That would include regulations stipulating the procedural requirements for a subsection 25(1) application.

[15] The procedural regulations in play in this case are subsection 10(1) and section 66 of the Regulations. Subsection 10(1) states the general procedural requirements for all applications under the IRPA. Section 66 stipulates how a subsection 25(1) application is to be made. Those provisions read as follows (my emphasis):

Form and content of application **10.** (1) Subject to paragraphs 28(b) to (d), an application under these Regulations shall

(a) be made in writing using the form provided by the Department, if any;

(b) be signed by the applicant;

[13] L'article 26 de la LIPR autorise la prise de règlements pour l'application du paragraphe 25(1), qui est en cause en l'espèce. L'article 26 était rédigé comme suit à l'époque pertinente :

26. Les règlements régissent l'application des articles 18 à 25 et portent notamment sur :

a) l'entrée, la faculté de rentrer et le séjour;

b) le statut de résident permanent ou temporaire, et notamment l'acquisition du statut;

c) les cas dans lesquels il peut être tenu compte de tout ou partie des circonstances visées à l'article 24;

d) les conditions qui peuvent ou doivent être, quant aux résidents permanents et aux étrangers, imposées, modifiées ou levées, individuellement ou par catégorie;

e) les garanties à fournir au ministre pour l'exécution de la présente loi. [Non souligné dans l'original.]

[14] L'alinéa 26b) de la LIPR permet la prise de règlements portant sur « le statut de résident permanent », notamment « l'acquisition du statut », ce qui comprend des règlements établissant les exigences procédurales des demandes présentées au titre du paragraphe 25(1).

[15] Les dispositions réglementaires qui sont en jeu en l'espèce sont le paragraphe 10(1) et l'article 66 du Règlement. Le paragraphe 10(1) énonce les exigences procédurales générales applicables à toutes les demandes présentées dans le cadre de la LIPR. Quant à l'article 66, il précise comment doit être faite la demande présentée au titre du paragraphe 25(1). Ces dispositions sont rédigées comme suit :

10. (1) Sous réserve des alinéas 28b) à d), toute demande au titre du présent règlement :

a) est faite par écrit sur le formulaire fourni par le ministère, le cas échéant;

b) est signée par le demandeur;

Forme et contenu de la demande

(c) include all information and documents required by these Regulations, as well as any other evidence required by the Act;

(d) be accompanied by evidence of payment of the applicable fee, if any, set out in these Regulations; and

(e) if there is an accompanying spouse or common-law partner, identify who is the principal applicant and who is the accompanying spouse or common-law partner.

...

Request

66. A request made by a foreign national under subsection 25(1) of the Act must be made as an application in writing accompanied by an application to remain in Canada as a permanent resident or, in the case of a foreign national outside Canada, an application for a permanent resident visa.

[16] The IRPA, as it read in 2008, mentions fees only in sections 89, 148 and 150. It is undisputed in these appeals that section 89 of the IRPA is the provision that authorized the enactment of section 307 of the Regulations, the provision that stipulates the fee in issue in these appeals. Sections 148 and 150 of the IRPA (found in Part 3, “Enforcement”) relate to the obligations of operators of vehicles or transportation facilities bringing persons into Canada. Those provisions shed no light on the issues in these appeals. Section 89 reads as follows:

Regulations

89. The regulations may govern fees for services provided in the administration of this Act, and cases in which fees may be waived by the Minister or otherwise, individually or by class.

[17] No regulation has been enacted governing the waiver of fees by the Minister or otherwise.

[18] Fees are dealt with in Part 19 of the Regulations (sections 294–315), which consists of five divisions:

c) comporte les renseignements et documents exigés par le présent règlement et est accompagnée des autres pièces justificatives exigées par la Loi;

d) est accompagnée d’un récépissé de paiement des droits applicables prévus par le présent règlement;

e) dans le cas où le demandeur est accompagné d’un époux ou d’un conjoint de fait, indique celui d’entre eux qui agit à titre de demandeur principal et celui qui agit à titre d’époux ou de conjoint de fait accompagnant le demandeur principal.

[...]

66. La demande faite par un étranger en vertu du paragraphe 25(1) de la Loi doit être faite par écrit et accompagnée d’une demande de séjour à titre de résident permanent ou, dans le cas de l’étranger qui se trouve hors du Canada, d’une demande de visa de résident permanent. [Non souligné dans l’original.] Demande

[16] La LIPR, dans la version qui existait en 2008, fait mention des frais aux articles 89, 148 et 150 seulement. Il n’est pas contesté dans les présents appels que c’est l’article 89 de la LIPR qui autorisait l’adoption de l’article 307 du Règlement, qui fixe les frais en cause en l’espèce. Les articles 148 et 150 de la LIPR (qui figurent à la partie 3, « Exécution ») portent sur les obligations des exploitants de véhicules et d’installations de transport qui amènent des personnes au Canada. Ces dispositions n’apportent aucun éclaircissement sur les questions en litige dans les présents appels. L’article 89 est rédigé comme suit :

89. Les règlements peuvent prévoir les frais pour les services offerts dans la mise en œuvre de la présente loi, ainsi que les cas de dispense, individuellement ou par catégorie, de paiement de ces frais. Règlement

[17] Aucun règlement ne prévoit les cas de dispense par le ministre ou autrement.

[18] Il est question des frais à la partie 19 du Règlement (articles 294 à 315), laquelle compte

Division 1 (interpretation), Division 2 (fees for applications for visas and permits, including work permits and study permits), Division 3 (fees for applications to remain in Canada as a permanent resident), Division 4 (right of permanent residence) and Division 5 (fees for other applications and services). Within each division, fees are imposed in numerous categories, each with its own scheme that in some cases includes exceptions and remissions.

[19] The fee in issue in this case is the fee stipulated by section 307 of the Regulations, which is found in Division 5 (fees for other applications and services) and reads in relevant part as follows:

Fees **307.** The following fees are payable for processing an application made in accordance with section 66 if no fees are payable in respect of the same applicant for processing an application to remain in Canada as a permanent resident or an application for a permanent resident visa:

(a) in the case of a principal applicant,
\$550 ...

(The reference to section 66 is a reference to section 66 of the Regulations, which is quoted above.)

3. *Relevant facts and litigation history*

[20] The facts relating to Ms. Toussaint and Mr. Ndungu are similar insofar as they are relevant to these appeals. Ms. Toussaint and Mr. Ndungu are foreign nationals. In 2008 they were living in Canada without permanent resident status and without a visa entitling them to remain in Canada. They had no legal right to remain in Canada and were liable to be removed. If they were to leave Canada, they would have no legal right to return to Canada without obtaining either a visa or the status of permanent resident.

[21] Ms. Toussaint and Mr. Ndungu both wish to become permanent residents. Each submitted a subsection 25(1) application in 2008. The Minister does not dispute that they were eligible to do so, and for the

cinq sections : section 1 — Interprétation; section 2 — Frais des demandes de visa et de permis, notamment le permis de travail et le permis d'études; section 3 — Frais des demandes de séjour au Canada à titre de résident permanent; section 4 — Droit de résidence permanente; section 5 — Frais relatifs aux autres demandes et services. Chacune de ces sections établit diverses catégories de frais et comporte son propre mécanisme qui, dans certains cas, comprend des exceptions et des remises.

[19] Les frais en cause en l'espèce sont les frais prévus à l'article 307 du Règlement, qui se trouve à la section 5 (Frais relatifs aux autres demandes et services) et dont voici l'extrait pertinent :

307. Les frais ci-après sont à payer pour l'examen de la demande faite aux termes de l'article 66 si aucuns frais ne sont par ailleurs à payer à l'égard du même demandeur pour l'examen d'une demande de séjour au Canada à titre de résident permanent ou d'une demande de visa de résident permanent :

a) dans le cas du demandeur principal,
550 \$ [...]

(La disposition renvoie à l'article 66 du Règlement cité précédemment.)

3. *Les faits pertinents et l'historique du litige*

[20] Les faits concernant M^{me} Toussaint et ceux concernant M. Ndungu sont semblables dans la mesure où ils sont liés aux présents appels. M^{me} Toussaint et M. Ndungu sont des étrangers. En 2008, ils vivaient au Canada sans statut de résident permanent et sans visa les autorisant à y séjourner. N'ayant pas le droit de rester au Canada, ils étaient susceptibles d'être renvoyés. S'ils devaient quitter le Canada, ils n'auraient pas le droit d'y revenir sans obtenir soit un visa soit le statut de résident permanent.

[21] M^{me} Toussaint et M. Ndungu souhaitent tous les deux devenir des résidents permanents. Ils ont chacun présenté une demande au titre du paragraphe 25(1) en 2008. Le ministre ne conteste pas qu'ils étaient

purposes of these appeals it is not necessary to identify precisely why they were eligible.

[22] Paragraph 10(1)(d) of the Regulations required Ms. Toussaint and Mr. Ndungu to include with their subsection 25(1) applications proof that they had paid the \$550 fee stipulated by section 307 of the Regulations. Ms. Toussaint and Mr. Ndungu did not comply with that requirement. They both claim that the payment of the \$550 fee would be an undue financial hardship for them. When they submitted their subsection 25(1) applications, they did not include proof of payment of the fee. Instead, they submitted evidence of their poverty and a request that the fee be waived.

[23] For the purpose of these appeals, I have assumed that the claims of financial hardship asserted by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu are such that the Minister could reasonably conclude that the fee should be waived on humanitarian and compassionate grounds. I do not suggest that this would have been the only decision reasonably open to the Minister.

[24] Ms. Toussaint and Mr. Ndungu each received a letter stating that their subsection 25(1) applications would not be considered until the \$550 fee was paid. Ms. Toussaint's letter is dated January 12, 2009, and Mr. Ndungu's letter is dated February 10, 2009. The explanations are identical and read as follows [in [2010] 3 F.C.R. 452, at paragraph 3]:

Paragraph 10(1)(d) of the Immigration and Refugee Protection Regulations requires all applicants to include evidence of payment of the applicable fee. Your request for an exemption from the fees is contrary to this legislative requirement. If you wish to apply for permanent residence in Canada your application must be accompanied by the required fee.

This explanation reflects the interpretation of subsection 25(1) of the IRPA and the applicable Regulations

admissibles à le faire et, dans le cadre des présents appels, il n'est pas nécessaire de déterminer précisément pourquoi ils y étaient admissibles.

[22] En vertu de l'alinéa 10(1)d) du Règlement, les demandes présentées par M^{me} Toussaint et M. Ndungu au titre du paragraphe 25(1) devaient être accompagnées d'un récépissé du paiement des frais de 550 \$ prévus à l'article 307 du Règlement. M^{me} Toussaint et M. Ndungu ne se sont pas conformés à cette exigence. Ils allèguent tous les deux que le paiement des frais de 550 \$ constituerait une contrainte financière excessive pour eux. Lorsqu'ils ont présenté leurs demandes en vertu du paragraphe 25(1), ils ne les ont pas accompagnées d'un récépissé du paiement des frais. Ils ont plutôt présenté une preuve de leur situation de pauvreté et une demande de dispense du paiement des frais.

[23] Dans le cadre des présents appels, j'ai présumé que les difficultés financières alléguées par M^{me} Toussaint et M. Ndungu sont telles que le ministre pouvait raisonnablement conclure qu'il convenait de les dispenser du paiement des frais pour des motifs d'ordre humanitaire. Je ne prétends pas que c'était, pour le ministre, la seule décision raisonnable à prendre.

[24] M^{me} Toussaint et M. Ndungu ont chacun reçu une lettre les informant que leurs demandes présentées au titre du paragraphe 25(1) ne seraient pas examinées tant que les frais de 550 \$ ne seraient pas payés. La lettre de M^{me} Toussaint est datée du 12 janvier 2009 et celle de M. Ndungu, du 10 février 2009. Les explications qui y figurent sont identiques et sont rédigées comme suit [au paragraphe 3 de [2010] 3 F.C.R. 452] :

[TRADUCTION] L'alinéa 10(1)d) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* exige que toutes les demandes soient accompagnées d'un récépissé de paiement des droits applicables. Votre demande de dispense de frais va à l'encontre de cette exigence réglementaire. Si vous désirez présenter une demande de résidence permanente au Canada, vous devez joindre à votre demande le paiement des frais exigés.

Ces explications correspondent à l'interprétation du paragraphe 25(1) de la LIPR et du Règlement applicable

asserted by the Minister in the Federal Court and in this Court.

[25] Both Ms. Toussaint and Mr. Ndungu sought and obtained leave to bring an application in the Federal Court for judicial review of the Minister's decision to refuse to consider their subsection 25(1) applications. Justice Snider heard Ms. Toussaint's application for judicial review first, dismissing it and certifying the questions referred to above. Justice Snider later heard Mr. Ndungu's application, with the same result.

[26] Both judicial review applications challenged the Minister's interpretation of subsection 25(1) of the IRPA, and raised a number of constitutional challenges in the event the Minister's interpretation was found to be correct.

[27] On the question of statutory interpretation, Justice Snider acknowledged that the interpretation of subsection 25(1) proposed by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu reflects a valid literal interpretation of subsection 25(1), but she accepted the Minister's interpretation because, as she explained in paragraphs 23 to 32 of her reasons in *Toussaint*, she considered the Minister's interpretation to be more consistent with the object and purpose of the statutory scheme that includes subsection 25(1).

[28] Justice Snider rejected the constitutional arguments of Ms. Toussaint and Mr. Ndungu, concluding that there is no constitutional principle that compels the Governor in Council to enact regulations governing the waiver of fees payable under the IRPA.

B. Standard of review

[29] This case has been argued throughout on the basis that the Minister is owed no deference on the question of statutory interpretation or the constitutional issues raised in these appeals. I agree, and have applied the standard of correctness.

qu'a donnée le ministre devant la Cour fédérale et devant notre Cour.

[25] M^{me} Toussaint et M. Ndungu ont tous les deux demandé et obtenu l'autorisation de présenter à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de refuser d'examiner leurs demandes fondées sur le paragraphe 25(1). La juge Snider a d'abord entendu la demande de contrôle judiciaire de M^{me} Toussaint, qu'elle a rejetée, et elle a certifié les questions susmentionnées. La juge Snider a par la suite entendu la demande de M. Ndungu, et a conclu de même.

[26] Les deux demandes de contrôle judiciaire visaient à contester l'interprétation que le ministre donnait du paragraphe 25(1) de la LIPR et à soulever un certain nombre de questions constitutionnelles dans l'éventualité où l'interprétation du ministre serait jugée correcte.

[27] En ce qui a trait à la question de l'interprétation législative, la juge Snider a reconnu que M^{me} Toussaint et M. Ndungu avaient proposé une interprétation littérale valide du paragraphe 25(1), mais elle a retenu l'interprétation du ministre parce qu'elle estimait, comme elle l'a expliqué aux paragraphes 23 à 32 de ses motifs dans la décision *Toussaint*, que cette interprétation était davantage compatible avec l'objet du régime législatif, lequel comprend le paragraphe 25(1).

[28] La juge Snider a rejeté les arguments constitutionnels de M^{me} Toussaint et de M. Ndungu, concluant qu'aucun principe constitutionnel n'obligeait le gouverneur en conseil à prendre un règlement régissant la dispense des frais exigibles en vertu de la LIPR.

B. Norme de contrôle applicable

[29] À tous les paliers, la présente affaire a été débattue à partir du principe qu'il n'y avait pas lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du ministre pour ce qui est de la question de l'interprétation législative ou des questions constitutionnelles soulevées dans ces appels. Je suis d'accord et j'ai appliqué la norme de la décision correcte.

C. Principles of statutory interpretation

[30] As the main issue in these appeals requires a resolution of a debate about the interpretation of subsection 25(1) of the IRPA, the principles of statutory interpretation must be considered. Justice Snider summarized the relevant principles in paragraphs 16 to 20 of her reasons in *Toussaint*. I agree with her summary and repeat it here:

Since the first issue before me is one of statutory interpretation, it is useful to begin with an overview of the principles related to such matters. On a number of occasions, the Supreme Court of Canada has given guidance on how to approach a problem of statutory interpretation. In *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 at paragraph 21, Mr. Justice Iacobucci, speaking for the unanimous Court, endorsed the statement of Elmer Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) that:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read 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.

Accordingly, the task of the Court in interpreting legislation cannot be restricted to analysing the plain meaning of the provision in question. Further, while the statutory words must be given a “fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects” (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12), attention must be directed to the scheme and objective of the statute, the intention of the legislature, and the context of the words in issue (*Rizzo*, above, at paragraph 23). Regardless of how clear and unambiguous the words of a provision may be, further analysis must be carried out. Indeed, a failure to determine the intention of the legislature in enacting a particular provision has been found to be an error (*Rizzo*, above, at paragraphs 23 and 31). It follows that, where there are conflicting but not unreasonable interpretations available, the contextual framework of the legislation becomes even more important.

In short, my task cannot be limited to interpreting the individual words or phrases used in section 25; rather, I must have regard to the context in which the words are placed, the objects of the IRPA and the intention of Parliament.

C. Principes d'interprétation législative

[30] Puisque la principale question en litige dans les présents appels nous impose de statuer sur l'interprétation du paragraphe 25(1) de la LIPR, les principes d'interprétation législative doivent être examinés. Aux paragraphes 16 à 20 de ses motifs dans la décision *Toussaint*, la juge Snider a résumé les principes applicables. Je fais miens ses propos, que je reproduis ci-dessous :

Étant donné que la première question qui m'est posée est une question d'interprétation de la loi, il est utile de commencer par un aperçu des principes liés à de telles questions. À plusieurs reprises, la Cour suprême du Canada a donné des orientations sur la façon d'aborder les questions d'interprétation des lois. Au paragraphe 21 de l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, le juge Iacobucci, exprimant l'avis unanime de la Cour suprême, a avalisé le passage suivant de Elmer Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983) :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi 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.

Par conséquent, lorsque la Cour interprète la loi, sa tâche ne peut pas être limitée à l'analyse du sens manifeste de la disposition particulière. De plus, si d'une part le texte de loi doit « apporter une solution de droit et s'interprète[r] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet » (article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21), il faut d'autre part accorder de l'attention à l'économie de la loi, à son objet, à l'intention du législateur, au contexte des mots en cause (arrêt *Rizzo*, précité, au paragraphe 23). Quel que soit le degré de clarté et de précision des termes de la disposition, il faut mener une analyse plus poussée. En fait, il est erroné de ne pas déterminer l'intention qu'avait le législateur au moment de l'adoption d'une disposition particulière (arrêt *Rizzo*, précité, aux paragraphes 23 et 31). Il s'ensuit que, lorsqu'il y a plusieurs interprétations divergentes, mais pas déraisonnables, le contexte entourant la loi ou le règlement devient encore plus important.

En résumé, ma tâche ne peut pas se limiter à l'interprétation individuelle des termes ou des expressions utilisés à l'article 25; plutôt, je dois examiner le contexte dans lequel les termes sont utilisés, l'objet de la LIPR et l'intention du législateur.

In considering the context of the IRPA, the nature or architecture of the statutory scheme is important. In *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655 at paragraph 23, the Federal Court of Appeal described the IRPA as “framework legislation”:

That is to say, the Act contains the core principles and policies of the statutory scheme and, in view of the complexity and breadth of the subject-matter, is relatively concise. The creation of secondary policies and principles, the implementation of core policy and principles, including exemptions, and the elaboration of crucial operational detail, are left to regulations, which can be amended comparatively quickly in response to new problems and other developments. Framework legislation thus contemplates broad delegations of legislative power.

In *de Guzman* (at paragraph 26), the Court also commented that if there is a conflict between the express language of an enabling clause and a regulation purportedly made under it, the regulation may be found to be invalid. Otherwise, courts approach with great caution the review of regulations promulgated by the Governor (or Lieutenant Governor) in Council.

D. Interpretation of subsection 25(1)

1. *Introduction*

[31] The question of statutory interpretation raised in these appeals is this: Does subsection 25(1) of the IRPA give the Minister the authority to grant a request made by a foreign national in Canada to waive the requirement in paragraph 10(1)(d) of the Regulations to pay the fee stipulated by section 307 of the Regulations for a subsection 25(1) application? In my view, the answer is yes, for the reasons explained below. It follows that the Minister erred in law when he rejected the subsection 25(1) applications of Ms. Toussaint and Mr. Ndungu on the basis that subsection 25(1) did not give him the authority to waive the fee.

[32] For ease of reference, subsection 25(1) is reproduced here (my emphasis):

Lorsqu’on examine le contexte de la LIPR, la nature ou l’économie de la loi est importante. Au paragraphe 23 de l’arrêt *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, la Cour d’appel fédérale a qualifié la LIPR de « loi cadre » :

Cela signifie que la Loi énonce les principes et politiques clés du régime législatif et que, eu égard à la complexité et à la vaste étendue du sujet, elle est relativement concise. Les politiques et principes secondaires, la mise en œuvre des politiques et principes clés, y compris les exemptions, et les détails opérationnels cruciaux sont prescrits dans des règlements, qui peuvent être modifiés assez rapidement lorsque de nouveaux problèmes et d’autres changements se présentent. Les lois cadres prévoient donc la délégation d’une partie importante de la compétence législative.

Au paragraphe 26 de l’arrêt *de Guzman*, la Cour d’appel a aussi déclaré qu’en cas de contradiction entre le texte explicite d’une disposition habilitante et un règlement apparemment pris en vertu de cette disposition, il se peut que le règlement ne soit pas jugé valide. Dans les autres cas, les cours font preuve d’une grande prudence lorsqu’elles examinent un règlement pris par le gouverneur (ou le lieutenant-gouverneur) en conseil.

D. Interprétation du paragraphe 25(1)

1. *Introduction*

[31] La question d’interprétation législative soulevée dans les présents appels est la suivante : le paragraphe 25(1) de la LIPR confère-t-il au ministre le pouvoir d’accéder à la demande d’un étranger se trouvant au Canada de lever l’obligation, prévue à l’alinéa 10(1)d) du Règlement, de payer les frais prévus à l’article 307 du Règlement à l’égard d’une demande présentée au titre du paragraphe 25(1)? À mon avis, pour les motifs exposés ci-dessous, il faut répondre par l’affirmative à cette question. Il s’ensuit que le ministre a commis une erreur de droit lorsqu’il a refusé les demandes présentées par M^{me} Toussaint et par M. Ndungu au titre du paragraphe 25(1) au motif que le paragraphe 25(1) ne lui conférerait pas le pouvoir de les dispenser du paiement des frais.

[32] Par souci de commodité, le paragraphe 25(1) est reproduit ci-dessous :

Humanitarian and compassionate considerations

25. (1) The Minister shall, upon request of a foreign national in Canada who is inadmissible or who does not meet the requirements of this Act, and may, on the Minister's own initiative or on request of a foreign national outside Canada, examine the circumstances concerning the foreign national and may grant the foreign national permanent resident status or an exemption from any applicable criteria or obligation of this Act if the Minister is of the opinion that it is justified by humanitarian and compassionate considerations relating to them, taking into account the best interests of a child directly affected, or by public policy considerations.

[33] I summarize the Minister's argument as follows. The phrase "any applicable criteria or obligation of this Act" in subsection 25(1) of the IRPA refers only to the grounds of inadmissibility for permanent residence set out in sections 34 to 42 of the IRPA, and the various obligations under the Regulations to provide specified information and official documents. In contrast, the requirement under paragraph 10(1)(d) of the Regulations to pay the \$550 fee is a precondition to the making of a valid subsection 25(1) application. Until that fee is paid, there is no subsection 25(1) application, and therefore there is no subsection 25(1) request for the Minister to consider. It follows that the phrase "applicable criteria or obligation of this Act" cannot be interpreted to include the authority to waive the fee.

[34] Ms. Toussaint and Mr. Ndungu propose an entirely different interpretation. I summarize their argument as follows. Under subsection 25(1) of the IRPA, the Minister is given the statutory authority to grant a foreign national in Canada an exemption from "any applicable criteria or obligation of this Act". Paragraph 10(1)(d) imposes on every subsection 25(1) applicant the obligation to pay the fee stipulated in section 307 of the Regulations. By virtue of subsection 2(2) of the IRPA, the obligation to pay that fee is an obligation of "this Act", and therefore it is an obligation that the Minister may waive pursuant to subsection 25(1). Subsection 2(2) of the IRPA reads as follows:

Séjour pour motif d'ordre humanitaire

25. (1) Le ministre doit, sur demande d'un étranger se trouvant au Canada qui est interdit de territoire ou qui ne se conforme pas à la présente loi, et peut, de sa propre initiative ou sur demande d'un étranger se trouvant hors du Canada, étudier le cas de cet étranger et peut lui octroyer le statut de résident permanent ou lever tout ou partie des critères et obligations applicables, s'il estime que des circonstances d'ordre humanitaire relatives à l'étranger — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — ou l'intérêt public le justifient. [Non souligné dans l'original.]

[33] Je résume l'argumentation du ministre. Les termes « tout ou partie des critères et obligations applicables », au paragraphe 25(1) de la LIPR, se rapportent uniquement aux motifs d'interdiction de territoire qui sont énoncés aux paragraphes 34 à 42 de la LIPR et aux diverses obligations de fournir certains renseignements et documents officiels qui sont prévues par le Règlement. Par contre, l'obligation de payer les frais de 550 \$, en vertu de l'alinéa 10(1)d) du Règlement, est une condition de validité de la demande présentée au titre du paragraphe 25(1). Tant que les frais ne sont pas payés, il n'y a pas de demande présentée au titre du paragraphe 25(1) et, en conséquence, il n'y a pas de demande à examiner par le ministre. Il s'ensuit que les termes « tout ou partie des critères et obligations applicables » ne sauraient être interprétés de façon à comprendre le pouvoir de dispenser du paiement des frais.

[34] M^{me} Toussaint et M. Ndungu proposent une interprétation complètement différente. Je résume leur argumentation. Le paragraphe 25(1) de la LIPR confère au ministre le pouvoir de lever, à l'égard d'un étranger se trouvant au Canada, « tout ou partie des critères et obligations applicables ». L'alinéa 10(1)d) impose à celui qui présente une demande en vertu du paragraphe 25(1) l'obligation de payer les frais prévus à l'article 307 du Règlement. En vertu du paragraphe 2(2) de la LIPR, l'obligation de payer ces frais est une obligation « de la présente loi » et, en conséquence, il s'agit d'une obligation que le ministre peut lever en vertu du paragraphe 25(1). Le paragraphe 2(2) de la LIPR est rédigé comme suit :

2. ...

Act includes regulations (2) Unless otherwise indicated, references in this Act to “this Act” include regulations made under it.

2. *Analysis of subsection 25(1)*

[35] I agree with Justice Snider (at paragraph 21 of her reasons in *Toussaint*) that the interpretation of subsection 25(1) of the IRPA proposed by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu is consistent with its language, read literally in its ordinary and grammatical sense. That conclusion accords with the broad language used to describe what the Minister may waive—“any applicable criteria or obligation of this Act” [emphasis added]—and the correspondingly broad basis for such a waiver—humanitarian and compassionate considerations and public policy considerations.

[36] I also agree with Justice Snider that this does not necessarily mean that the literal interpretation of subsection 25(1) is correct. If the language of subsection 25(1) can reasonably bear another meaning that accords better with the context and objectives of the statutory scheme, then that other meaning should be accepted. Therefore, it is necessary to consider the elements of the statutory scheme relating to applications for permanent residence and the related fees, and the place of those elements within the IRPA.

[37] Based on the submissions of the parties, I have concluded that the following contextual factors should be considered in interpreting subsection 25(1): (a) the general principle that immigration is a privilege, not a right; (b) the statutory objectives of the IRPA as stated in section 3; (c) whether the existence of section 89 of the IRPA implies that the question of fee waivers was intended to be solely a matter for regulation by the Governor in Council; (d) the fact that the criteria used to assess a subsection 25(1) application include financial self sufficiency in Canada; and (e) whether requiring fee waivers to be considered with a subsection 25(1) application is absurd because it would be unduly cumbersome. I will discuss each of these in turn below.

2. [...]

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute mention de celle-ci vaut également mention des règlements pris sous son régime. Terminologie

2. *Analyse du paragraphe 25(1)*

[35] Je suis d'accord avec la juge Snider (au paragraphe 21 de ses motifs dans la décision *Toussaint*) pour dire que l'interprétation du paragraphe 25(1) de la LIPR proposée par M^{me} Toussaint et M. Ndungu est compatible avec son libellé, lorsqu'il est interprété littéralement suivant le sens ordinaire et grammatical des mots. Cette conclusion est conforme aux termes généraux employés pour décrire ce que le ministre peut lever — « tout ou partie des critères et obligations applicables » [non souligné dans l'original] — et, de ce fait, au fondement général de cette dispense — des circonstances d'ordre humanitaire et l'intérêt public.

[36] Je suis également d'accord avec la juge Snider que cela ne signifie pas nécessairement que l'interprétation littérale du paragraphe 25(1) est exacte. Si le libellé du paragraphe 25(1) peut raisonnablement prendre une autre signification, qui concorde davantage avec le contexte et l'objet du régime législatif, cette autre signification doit alors être acceptée. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner les éléments du régime législatif liés aux demandes de résidence permanente et aux frais afférents, ainsi que la place de ces éléments dans la LIPR.

[37] En me fondant sur les observations des parties, j'ai conclu que les facteurs contextuels suivants devaient être pris en compte pour l'interprétation du paragraphe 25(1) : a) le principe général voulant que l'immigration soit un privilège, et non un droit; b) l'objet énoncé à l'article 3 de la LIPR; c) la question de savoir si, du fait de l'article 89 de la LIPR, la dispense du paiement des frais était censée uniquement faire l'objet d'un règlement pris par le gouverneur en conseil; d) le fait que l'autonomie financière au Canada compte parmi les critères servant à évaluer une demande présentée au titre du paragraphe 25(1); e) la question de savoir si le fait d'exiger que la dispense du paiement des frais soit considérée en même temps que la demande

présentée au titre du paragraphe 25(1) est absurde parce que cela serait trop compliqué. J'examinerai successivement chacun de ces facteurs.

(a) Immigration as a privilege

[38] The Minister argues that subsection 25(1) requires the Minister to consider a subsection 25(1) application upon request, but does not require the Minister to enable that request by waiving the fee. This argument, according to the Minister, is consistent with the fundamental principle of Canadian immigration law that immigration is a privilege (see, for example, *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at paragraph 24).

[39] In my view, the principle that immigration is a privilege means that a subsection 25(1) applicant has no legal right to a favourable decision by the Minister on any request for an exemption. However, that principle says nothing about the scope of the Minister's discretion under subsection 25(1), or more specifically, whether it should be interpreted narrowly as the Minister contends, or broadly as contended by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu.

(b) The statutory objectives of the IRPA as stated in section 3

[40] It is often the case that the resolution of a debate on the interpretation of a statute requires consideration of the objectives of the statute. In this case, the objectives of the IRPA are set out in section 3 of the IRPA. Subsection 3(1) refers to immigration, subsection 3(2) refers to refugees, and subsection 3(3) refers to interpretation and application.

[41] The Minister cites paragraphs 3(1)(a), (c) and (e) in support of his interpretation of subsection 25(1). Those provisions read as follows:

a) L'immigration considérée comme un privilège

[38] Le ministre prétend que le paragraphe 25(1) l'oblige à examiner la demande présentée au titre de cette disposition, mais non de valider cette demande en dispensant le demandeur du paiement des frais. Cet argument, affirme-t-il, est compatible avec le principe fondamental du droit canadien en matière d'immigration suivant lequel l'immigration est un privilège (voir, par exemple, *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, au paragraphe 24).

[39] À mon avis, le principe voulant que l'immigration soit un privilège signifie que celui qui présente une demande en vertu du paragraphe 25(1) n'a pas droit à une décision favorable du ministre quant à une demande de dispense. Toutefois, ce principe ne donne aucune indication sur la portée du pouvoir discrétionnaire du ministre en application du paragraphe 25(1), ou plus précisément, quant à savoir si ce pouvoir devrait être interprété étroitement, comme le ministre le soutient, ou largement, comme l'ont soutenu M^{me} Toussaint et M. Ndungu.

b) L'objet énoncé à l'article 3 de la LIPR

[40] Il arrive souvent que la résolution d'un débat sur l'interprétation d'une loi exige la prise en considération de l'objet de la loi. En l'espèce, l'objet de la LIPR est énoncé à l'article 3. Le paragraphe 3(1) concerne l'immigration, le paragraphe 3(2), les réfugiés, et le paragraphe 3(3), l'interprétation et la mise en œuvre.

[41] Le ministre invoque les alinéas 3(1)a), c) et e) à l'appui de l'interprétation qu'il fait du paragraphe 25(1). Ces dispositions sont rédigées comme suit :

Objectives — immigration	<p>3. (1) The objectives of this Act with respect to immigration are</p> <p>(a) to permit Canada to pursue the maximum social, cultural and economic benefits of immigration;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(c) to support the development of a strong and prosperous Canadian economy, in which the benefits of immigration are shared across all regions of Canada;</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(e) to promote the successful integration of permanent residents into Canada, while recognizing that integration involves mutual obligations for new immigrants and Canadian society;</p>	<p>3. (1) En matière d’immigration, la présente loi a pour objet :</p> <p>a) de permettre au Canada de retirer de l’immigration le maximum d’avantages sociaux, culturels et économiques;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>c) de favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et de faire en sorte que toutes les régions puissent bénéficier des avantages économiques découlant de l’immigration;</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>e) de promouvoir l’intégration des résidents permanents au Canada, compte tenu du fait que cette intégration suppose des obligations pour les nouveaux arrivants et pour la société canadienne;</p>	Objet en matière d’immigration
-----------------------------	--	---	--------------------------------

[42] The Minister argues that interpreting subsection 25(1) to permit a discretionary waiver of fees would be inconsistent with the IRPA provisions of pursuing maximum economic benefits of immigration, supporting the development of a strong and prosperous economy, and promoting the goal of the successful integration of permanent residents to Canada. I see nothing in any of these provisions that is inconsistent with a statutory provision that permits the Minister to waive the fee for a subsection 25(1) application. On the contrary, it may well be more consistent with these objectives to give the Minister the authority to facilitate a process that might lead to a foreign national being granted the status of a permanent resident. A foreign national in Canada who does not have the status of permanent resident does not have an unqualified right to work to achieve self-sufficiency. If such a person has a potentially meritorious claim for a discretionary grant of permanent residence under subsection 25(1), there is no obvious policy objection to a process that could facilitate his subsection 25(1) application by a fee waiver.

[42] Le ministre fait valoir qu’interpréter le paragraphe 25(1) de manière à permettre une dispense discrétionnaire du paiement des frais serait incompatible avec les dispositions de la LIPR visant à permettre au Canada de retirer de l’immigration le maximum d’avantages économiques, à favoriser le développement économique et la prospérité du Canada et à promouvoir l’objectif d’intégration des résidents permanents au Canada. Je ne vois rien dans ces dispositions qui serait incompatible avec une disposition législative autorisant le ministre à dispenser un étranger du paiement des frais applicables à une demande faite en vertu du paragraphe 25(1). Au contraire, donner au ministre le pouvoir de faciliter un processus susceptible d’amener un étranger à obtenir le statut de résident permanent pourrait bien être davantage compatible avec cet objet. L’étranger qui se trouve au Canada et qui n’a pas le statut de résident permanent ne jouit pas du droit absolu de travailler pour assurer son autonomie. Si cette personne est en mesure de démontrer que, dans son cas, l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’accorder la résidence permanente au titre du paragraphe 25(1) serait justifié, rien ne s’oppose en principe à ce qu’on puisse faciliter sa demande au moyen d’une dispense de paiement des frais.

[43] I do not read anything in subsection 3(1) as referring directly or indirectly to fees. Such fees are imposed primarily as a cost recovery device, to improve the efficiency of the government department charged with the administration of the IRPA. Administrative efficiency is undoubtedly important in all government endeavours, but I am unable to read section 3 of the IRPA as including administrative efficiency as one of the core statutory objectives of immigration. In my view, the stated objectives of the IRPA are not liable to be harmed by adopting the interpretation of subsection 25(1) proposed by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu.

[44] One argument for Mr. Ndungu was based in part on paragraphs 3(3)(d) and (f) of the IRPA, which read as follows:

3. ...

Application (3) This Act is to be construed and applied in a manner that

...

(d) ensures that decisions taken under this Act are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including its principles of equality and freedom from discrimination and of the equality of English and French as the official languages of Canada;

...

(f) complies with international human rights instruments to which Canada is signatory.

[45] The argument, in summary, is that to interpret paragraph 25(1) in a way that precludes the Minister from waiving the fee would be inconsistent with paragraph 3(3)(d) or (f) of the IRPA, especially where the best interests of a child are at stake. This presumes that the fee imposed on a subsection 25(1) applicant for permanent residence engages the rights of the applicant under the Charter and certain international agreements

[43] À la lecture du paragraphe 3(1), je ne vois rien qui vise ces frais directement ou indirectement. L'imposition de ces frais sert avant tout de mécanisme de recouvrement des coûts, et vise à améliorer l'efficacité du ministère chargé de la mise en application de la LIPR. L'efficacité administrative est sans aucun doute importante dans toutes les activités gouvernementales, mais il m'est impossible de considérer, à la lecture de l'article 3 de la LIPR, qu'il s'agit de l'un des objectifs principaux de la LIPR en matière d'immigration. À mon avis, adopter l'interprétation proposée par M^{me} Toussaint et M. Ndungu à l'égard du paragraphe 25(1) n'est pas susceptible de porter atteinte aux objectifs déclarés de la LIPR.

[44] M. Ndungu fondait en partie son argumentation sur les alinéas 3(3)d) et f) de la LIPR, qui sont rédigés comme suit :

3. [...]

(3) L'interprétation et la mise en œuvre de la présente loi doivent avoir pour effet :

Interprétation et mise en œuvre

[...]

d) d'assurer que les décisions prises en vertu de la présente loi sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*, notamment en ce qui touche les principes, d'une part, d'égalité et de protection contre la discrimination et, d'autre part, d'égalité du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada;

[...]

f) de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire.

[45] En résumé, M. Ndungu fait valoir qu'une interprétation du paragraphe 25(1) qui aurait pour effet d'empêcher le ministre de dispenser l'étranger des frais applicables serait incompatible avec l'alinéa 3(3)d) ou f) de la LIPR, notamment lorsque l'intérêt supérieur de l'enfant est en jeu. Cela laisse présumer que les frais imposés à l'égard d'une demande de résidence permanente présentée en vertu du paragraphe 25(1) font entrer

to which Canada is a signatory (relating to the interests of children). The same presumption underlies the argument for Mr. Ndungu on the second certified question and in that context was correctly rejected by Justice Snider. In my view, it bears no greater weight in the context of statutory interpretation.

(c) Role of section 89 of the IRPA

[46] The Minister cites section 89 of the IRPA in support of his interpretation of subsection 25(1). Section 89 is quoted above and is repeated here for ease of reference:

Regulations **89.** The regulations may govern fees for services provided in the administration of this Act, and cases in which fees may be waived by the Minister or otherwise, individually or by class.

As indicated above, the Governor in Council has enacted no regulations dealing with discretionary fee waivers by the Minister.

[47] The Minister argues that the existence of section 89 is an indication that Parliament intended the Minister to have no discretion to waive fees except as permitted by a regulation enacted by the Governor in Council. According to the Minister, to find a fee-waiving authority within subsection 25(1) would suggest that Parliament has provided for competing authorities. I see no reason to read that much into section 89. In my view, section 89 and subsection 25(1) are capable of standing together no matter which interpretation of subsection 25(1) is adopted.

[48] I see no reason in principle why Parliament would not see fit to authorize the Minister to waive the fee for a subsection 25(1) application on humanitarian and compassionate grounds or public policy grounds, necessarily on a case-by-case basis, while at the same time authorizing the Governor in Council to enact regulations

en jeu les droits du demandeur garantis par la Charte et certains accords internationaux dont le Canada est signataire (en rapport avec l'intérêt de l'enfant). La même présomption sous-tend l'argument de M. Ndungu quant à la deuxième question certifiée et, dans ce contexte, elle a à juste titre été rejetée par la juge Snider. À mon avis, elle n'a pas plus d'importance dans le contexte de l'interprétation législative.

c) Le rôle de l'article 89 de la LIPR

[46] Le ministre invoque l'article 89 de la LIPR à l'appui de l'interprétation qu'il fait du paragraphe 25(1). L'article 89, cité précédemment, est à nouveau reproduit ici par souci de commodité :

89. Les règlements peuvent prévoir les frais pour les services offerts dans la mise en œuvre de la présente loi, ainsi que les cas de dispense, individuellement ou par catégorie, de paiement de ces frais. Règlement

Tel qu'il a été mentionné précédemment, le gouverneur en conseil n'a pris aucun règlement concernant le pouvoir discrétionnaire du ministre de dispenser du paiement des frais.

[47] Le ministre soutient que l'article 89 est une indication que le législateur voulait que le ministre ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire pour dispenser du paiement des frais sauf dans la mesure autorisée par un règlement pris par le gouverneur en conseil. Selon le ministre, conclure à l'existence d'un pouvoir de dispenser du paiement des frais au paragraphe 25(1) donnerait à entendre que le législateur a prévu des pouvoirs concurrents. Je ne vois aucune raison d'interpréter ainsi l'article 89. À mon avis, l'article 89 et le paragraphe 25(1) peuvent coexister, peu importe l'interprétation adoptée à l'égard du paragraphe 25(1).

[48] Je ne vois en principe aucune raison pour laquelle le législateur n'aurait pas jugé approprié d'autoriser le ministre à accorder une dispense du paiement des frais à l'égard d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire ou d'intérêt public en application du paragraphe 25(1), nécessairement au cas par cas, tout en

governing when a fee may be waived “by the Minister or otherwise, individually or by class.” The scope of the regulation-making authority in section 89 is plenary—it permits regulations to be made for the waiver of any of the dozens of fees imposed in Part 19 of the Regulations, most of which have nothing to do with subsection 25(1). In my view, there is ample scope for the enactment of regulations relating to fee waivers without encroaching on the authority given to the Minister under subsection 25(1).

(d) Statutory requirement of financial stability and independence

[49] The Minister argues that waiving the fee payable by a subsection 25(1) applicant who is not financially self-sufficient and is not capable of attaining that status would be inconsistent with the financial admissibility criteria in section 39 of the IRPA. That provision is quoted above and is repeated here for ease of reference:

Financial reasons

39. A foreign national is inadmissible for financial reasons if they are or will be unable or unwilling to support themselves or any other person who is dependent on them, and have not satisfied an officer that adequate arrangements for care and support, other than those that involve social assistance, have been made.

[50] I do not accept the Minister’s argument on this point. The result of the Minister’s interpretation is this. It is possible as a matter of law for a person with no financial resources to be granted permanent resident status if the Minister is of the opinion that such a decision is warranted by humanitarian and compassionate considerations or public policy considerations. However, because that same person does not have \$550, the Minister cannot permit the opening of the door that would engage the Minister’s statutory authority to assess those considerations. In my view, that state of affairs makes no sense. It would be more consistent with the objectives of the IRPA to interpret subsection 25(1) in a

autorisant en même temps le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant les cas de dispense, par le ministre ou autrement, « individuellement ou par catégorie ». La portée du pouvoir de réglementation à l’article 89 est absolue — il permet la prise de règlements prévoyant les cas de dispense à l’égard de la douzaine de frais imposés dans la partie 19 du Règlement, dont la plupart n’ont rien à voir avec le paragraphe 25(1). À mon avis, il laisse amplement de latitude pour la prise de règlements concernant la dispense du paiement des frais sans empiéter sur le pouvoir conféré au ministre en vertu du paragraphe 25(1).

d) Le critère de la stabilité et de l’indépendance financières

[49] Le ministre allègue que la dispense des frais imposés par le paragraphe 25(1) à un demandeur qui n’est pas autonome financièrement ni en mesure de parvenir à cette autonomie serait incompatible avec les critères d’admissibilité financière de l’article 39 de la LIPR. Cette disposition qui a été citée précédemment est à nouveau reproduite ici par souci de commodité :

Motifs financiers

39. Emporte interdiction de territoire pour motifs financiers l’incapacité de l’étranger ou son absence de volonté de subvenir, tant actuellement que pour l’avenir, à ses propres besoins et à ceux des personnes à sa charge, ainsi que son défaut de convaincre l’agent que les dispositions nécessaires — autres que le recours à l’aide sociale — ont été prises pour couvrir leurs besoins et les siens.

[50] Je rejette l’argument du ministre sur ce point. Son interprétation fait en sorte qu’il est possible, du point de vue du droit, pour une personne sans ressources financières d’obtenir le statut de résident permanent si le ministre estime que des considérations d’ordre humanitaire ou d’intérêt public le justifient. Or, du fait que la personne en question ne dispose pas des 550 \$ exigés, le ministre ne peut se permettre d’ouvrir la porte à l’exercice du pouvoir que lui confère la loi d’examiner ces considérations. À mon avis, cette situation n’a aucun sens. Il serait plus conforme aux objectifs de la LIPR d’interpréter le paragraphe 25(1) d’une façon qui permettrait au ministre d’accorder la dispense du paiement

way that allows the Minister to waive that fee, than to interpret it in a way that bars any such relief.

(e) Administrative considerations

[51] The Minister suggests that it would be unduly cumbersome for the Minister to have to deal with a fee waiver (which necessarily would deal with many of the same considerations as a request for an exemption from section 39—financial inadmissibility) in the case of an application based on an entirely unrelated ground of admissibility—for example, inadmissibility on health grounds. The Minister asserts that this would entail “enormous resource implications”, such that it is unreasonable to conclude that Parliament intended such a result.

[52] It is difficult, if not impossible, to assess the merits of the allegation of increased costs because the Minister has offered no evidence to support it. However, drawing what inferences I can from the common general knowledge of administrative matters, it seems to me that dealing with fee waivers might prove to be relatively simple compared, for example, to assessing claims for exemptions from inadmissibility provisions. There is no obvious reason why the Minister could not consider a subsection 25(1) application on its merits before considering any request for a fee waiver. The question of the fee waiver would then have to be considered only if the principal request for an exemption is successful.

[53] Even if I were to assume that interpreting subsection 25(1) as proposed by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu would entail more work on the part of the Minister (and Ministerial delegates) than is now the case, so that the cost of administering subsection 25(1) would increase, I am not persuaded on balance that an increased administration burden, in and by itself, is a sound reason for adopting the Minister’s interpretation of that provision, particularly in the absence of any evidence on the point.

de ces frais, plutôt que de l’interpréter d’une façon qui empêcherait l’application de cette mesure.

e) Les considérations administratives

[51] Le ministre laisse entendre qu’il serait trop compliqué de devoir traiter une demande de dispense des frais (qui ferait nécessairement intervenir plusieurs des facteurs à considérer dans le cadre d’une demande de dispense d’application de l’article 39 — interdiction de territoire pour motifs financiers) dans le cas d’une demande fondée sur des faits n’ayant absolument aucun lien — par exemple, l’interdiction de territoire pour des motifs liés à la santé. Le ministre soutient que cela entraînerait des [TRADUCTION] « conséquences énormes sur les ressources », si bien qu’il est déraisonnable de conclure que le législateur souhaitait ce résultat.

[52] Il est difficile, voire impossible, d’évaluer le bien-fondé de l’allégation relative aux coûts accrus parce que le ministre n’a présenté aucune preuve à l’appui de celle-ci. Toutefois, d’après les inférences que je peux faire à partir des connaissances générales courantes en matière administrative, il me semble que le traitement des demandes de dispense de frais se révélerait être plutôt simple comparativement, par exemple, à l’évaluation des demandes de dispense d’application des dispositions prévoyant l’interdiction de territoire. Il n’y a pas de raison apparente pour expliquer pourquoi le ministre ne pourrait pas examiner une demande présentée en vertu du paragraphe 25(1) sur le fond avant d’examiner une demande de dispense des frais. La question de la dispense des frais serait alors examinée seulement si la demande principale est accueillie.

[53] Même si je présumais que l’interprétation proposée par M^{me} Toussaint et M. Ndungu à l’égard du paragraphe 25(1) se traduirait par une augmentation de la charge de travail du ministre (et de ses délégués), si bien que les frais d’administration liés au paragraphe 25(1) augmenteraient, je ne suis pas convaincue en définitive qu’une charge administrative accrue constitue en soi un motif valable d’adopter l’interprétation proposée par le ministre à l’égard de cette disposition, particulièrement en l’absence de toute preuve sur ce point.

[54] Justice Snider in her reasons raises a concern that if subsection 25(1) is interpreted as proposed by Ms. Toussaint and Mr. Ndungu, the Minister would be inundated with requests for fee waivers for any and all fees imposed by the Regulations. In my view, the record discloses no foundation for that concern. Indeed, it does not form any part of the submissions of the Minister in these appeals.

3. Conclusion on statutory interpretation

[55] In my view, there is nothing in the scheme of the IRPA or the statutory context to compel the conclusion that the obligation under paragraph 10(1)(d) of the Regulations to pay a fee for a subsection 25(1) application is not within the scope of the phrase “any applicable criteria or obligation of this Act” in subsection 25(1) of the IRPA. I conclude that on a proper interpretation of subsection 25(1) of the IRPA, the Minister is obliged to consider a request for an exemption from the requirement in section 307 of the Regulations to pay a fee for processing an application under subsection 25(1), and I would answer the first certified question accordingly.

E. The constitutional questions

[56] My answer to the first certified question is a sufficient basis for allowing this appeal, and rendering the second question moot. I have nevertheless considered the second question and the constitutional issues to which they relate because they were dealt with thoroughly by Justice Snider, and were the subject of full argument in these appeals.

[57] As indicated above, I agree with the conclusions of Justice Snider on the constitutional issues that are the subject of the second certified question, as summarized below. Because I agree substantially with her analysis as set out in paragraphs 34 to 117 of her reasons, I do not consider it necessary to repeat it.

[54] Dans ses motifs, la juge Snider est préoccupé par le fait que, si le paragraphe 25(1) est interprété de la manière proposée par M^{me} Toussaint et M. Ndungu, le ministre serait submergé de demandes de dispense à l'égard de tous les frais imposés par le Règlement ou de certains d'entre eux. À mon avis, le dossier n'offre aucun fondement à cette préoccupation. En fait, il n'en est pas question dans les observations présentées par le ministre dans le cadre des présents appels.

3. Conclusion sur l'interprétation législative

[55] À mon avis, rien dans le régime de la LIPR ou le contexte législatif n'oblige à conclure que l'obligation, prévue à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, de payer des frais relativement à une demande fondée sur le paragraphe 25(1) ne fait pas partie de « tout ou partie des critères et obligations applicables ». Je conclus que, selon une interprétation correcte du paragraphe 25(1) de la LIPR, le ministre est obligé d'examiner une demande de dispense de l'obligation prévue à l'article 307 du Règlement quant au paiement des frais de traitement d'une demande présentée au titre du paragraphe 25(1). Je suis donc d'avis de répondre par l'affirmative à la première question certifiée.

E. Les questions constitutionnelles

[56] Ma réponse à la première question certifiée est suffisante pour accueillir l'appel et rendre la deuxième question théorique. J'ai néanmoins examiné la deuxième question et les questions constitutionnelles auxquelles elle est liée parce que la juge Snider a examiné ces questions en profondeur et qu'elles ont été pleinement débattues dans le cadre des présents appels.

[57] Comme je l'ai mentionné, je souscris aux conclusions de la juge Snider sur les questions constitutionnelles qui font l'objet de la deuxième question certifiée et que j'ai résumées ci-dessous. Étant donné que je souscris en grande partie à son analyse, aux paragraphes 34 à 117 de ses motifs, j'estime qu'il n'est pas nécessaire de la répéter.

[58] Section 7 of the Charter. The rights of Ms. Toussaint and Mr. Ndungu under section 7 of the Charter are not engaged by the failure of the Minister to consider their requests for a fee waiver. That is so for two reasons. First, their removal from Canada prior to consideration of the humanitarian and compassionate grounds raised in their subsection 25(1) applications does not deprive them of their right to life, liberty or security of the person. Second, they have not been deprived of any rights without the application of the principles of fundamental justice.

[59] Subsection 15(1) of the Charter. If there were no provision in the IRPA or the Regulations for the waiver of the fee for a subsection 25(1) application by a foreign national living in poverty in Canada, that would not constitute discrimination against Ms. Toussaint or Mr. Ndungu contrary to subsection 15(1) of the Charter on the ground of “poverty” or “being a person in receipt of social assistance”. That is so for several reasons:

(1) The subsection 15(1) claim fails on the facts. There is no evidence that foreign nationals living in poverty in Canada suffer disproportionate hardship that can be attributed to the absence of a provision for a fee waiver.

(2) The absence of a provision for a fee waiver does not affect access to a process for claiming a legal right. It affects only access to a process for requesting a discretionary and exceptional benefit.

(3) “Poverty” or “being in need of social assistance” are not analogous grounds for purposes of subsection 15(1). A person’s financial condition is not an immutable personal characteristic. People who are poor or who are in need of social assistance are not a discrete and insular group defined by a common or shared personal characteristic. The absence of a provision for a fee waiver does not create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

[58] Article 7 de la Charte. Les droits que garantit l’article 7 de la Charte à M^{me} Toussaint et à M. Ndungu n’entrent pas en jeu par suite du défaut du ministre d’examiner leurs demandes de dispense des frais. Il en va ainsi pour deux raisons. Premièrement, le fait qu’ils soient renvoyés du Canada avant l’examen des motifs d’ordre humanitaire soulevés dans leurs demandes présentées en vertu du paragraphe 25(1) ne les prive pas de leur droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de leur personne. Deuxièmement, ils n’ont été privés d’aucun droit sans application des principes de justice fondamentale.

[59] Paragraphe 15(1) de la Charte. S’il n’y avait pas dans la LIPR ou le Règlement de disposition prévoyant la dispense du paiement des frais pour une demande présentée au titre du paragraphe 25(1) par un étranger vivant dans la pauvreté au Canada, cela ne constituerait pas de la discrimination à l’endroit de M^{me} Toussaint ou de M. Ndungu, au sens du paragraphe 15(1), du fait de la [TRADUCTION] « pauvreté » ou du fait d’[TRADUCTION] « être bénéficiaire de l’aide sociale ». Il en va ainsi pour plusieurs raisons :

1) L’allégation relative au paragraphe 15(1) ne repose sur aucun fait. Rien n’indique que les étrangers vivant dans la pauvreté au Canada se heurtent à des difficultés excessives pouvant être attribuées à l’absence d’une disposition de dispense des frais.

2) L’absence d’une disposition prévoyant une dispense de paiement n’empêche pas d’accéder à un mécanisme permettant de faire valoir ses droits, mais seulement d’accéder à un mécanisme permettant de demander un avantage discrétionnaire et exceptionnel.

3) La [TRADUCTION] « pauvreté » ou le fait d’[TRADUCTION] « être bénéficiaire de l’aide sociale » ne constituent pas des motifs analogues pour l’application du paragraphe 15(1). La situation financière d’une personne n’est pas une caractéristique personnelle immuable. Les personnes qui sont pauvres ou qui recourent à l’aide sociale ne forment pas un groupe distinct et isolé défini par une caractéristique personnelle commune ou partagée. L’absence d’une disposition prévoyant la dispense

[60] Access to the courts and the rule of law. The absence of a provision for the waiver of fees is not contrary to the common law constitutional right of access to the courts or to the rule of law. Access to the Minister under subsection 25(1) of the IRPA is not the same as, or analogous to, access to the courts because the Minister's authority under subsection 25(1) is limited to providing an exceptional discretionary benefit. In the context of the immigration provisions of the IRPA, the rule of law cannot be used to create a fee waiver where none exists in the legislation.

F. Conclusion

[61] I would allow both appeals, set aside the judgments of the Federal Court, allow both applications for judicial review, and refer both matters back to the Minister for consideration of the requests of the appellants for a waiver of the fees payable in respect of their subsection 25(1) applications. I would answer the certified questions as follows:

1. On a proper interpretation of subsection 25(1) of the IRPA, is the Minister obliged to consider a request for an exemption from the requirement in paragraph 10(1)(d) of the Regulations to pay a fee for processing an application under subsection 25(1)?

Answer: Yes.

2. Has the failure of the Governor in Council to enact regulations permitting the waiver of fees for foreign nationals living in poverty who wish to make an in-Canada application for permanent resident status pursuant to subsection 25(1) of the IRPA infringed:

du paiement des frais ne crée pas un désavantage par la perpétuation d'un préjudice ou l'application de stéréotypes.

[60] Accès aux tribunaux et primauté du droit. L'absence d'une disposition prévoyant la dispense du paiement des frais ne va pas à l'encontre du droit constitutionnel d'accès aux tribunaux en common law ni à l'encontre de la primauté du droit. L'accès au ministre en application du paragraphe 25(1) de la LIPR n'est pas analogue à l'accès aux tribunaux parce que le pouvoir conféré au ministre au paragraphe 25(1) se limite à procurer un avantage discrétionnaire exceptionnel. Dans le contexte des dispositions de la LIPR relatives à l'immigration, la primauté du droit ne peut servir à créer une dispense du paiement des frais s'il n'en existe aucune dans la loi.

F. Conclusion

[61] Je suis d'avis de faire droit aux deux appels, d'annuler les jugements de la Cour fédérale, d'accueillir les deux demandes de contrôle judiciaire et de renvoyer les deux affaires au ministre pour examen des demandes de dispense du paiement des frais exigibles à l'égard des demandes présentées par les appelants au titre du paragraphe 25(1). Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions certifiées :

1. Selon l'interprétation correcte du paragraphe 25(1) de la LIPR, le ministre est-il obligé d'examiner une demande de dispense de l'obligation prévue à l'alinéa 10(1)d) du Règlement, quant au paiement des frais de traitement d'une demande présentée au titre du paragraphe 25(1)?

Réponse : Oui.

2. L'omission de la gouverneure en conseil d'adopter un règlement permettant une dispense du paiement des frais pour les étrangers qui vivent dans la pauvreté et souhaitent présenter depuis le Canada une demande de résidence permanente en application du paragraphe 25(1) de la LIPR contrevient-elle :

(i) the rights of the appellants under section 7 or 15 of the Charter, or

(ii) the rule of law or the common law constitutional right of access to the courts?

Answer: No.

DAWSON J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

i) aux droits des appelants garantis à l'article 7 ou à l'article 15 de la Charte;

ii) soit à la primauté du droit, soit au droit constitutionnel d'accès aux tribunaux en common law?

Réponse : Non.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-3047-10
2011 FC 358

IMM-3047-10
2011 CF 358

**Sivapakiam Sandramoorthy, Niransani Sandramoorthy,
Anojan Sandramoorthy** (*Applicants*)

**Sivapakiam Sandramoorthy, Niransani Sandramoorthy,
Anojan Sandramoorthy** (*demandeurs*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (*défendeur*)

**INDEXED AS: SANDRAMOORTHY v. CANADA (CITIZENSHIP
AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : SANDRAMOORTHY c. CANADA (CITOYENNETÉ
ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Bédard J.—Montréal, February 16;
Ottawa, March 23, 2011.

Cour fédérale, juge Bédard—Montréal, 16 février;
Ottawa, 23 mars 2011.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by immigration officer rejecting application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds — Applicants, Sri Lankans, declared inadmissible due to inadmissibility of principal applicant's spouse, child (Pirinthan) pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 42(a), Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 72(1)(e)(i) — Officer not waiving inadmissibility — Whether officer erring in application of Act, s. 42(a), Regulations, ss. 1(3) (definition of “family member”), 72(1)(e)(i) — Officer's decision lacking justification, transparency, intelligibility — Spouse “family member” vis-à-vis principal applicant, not children — Act, s. 42(a) thus correctly applied in case of principal applicant but not children — Neither Act, s. 42(a), Regulations, s. 72(1)(e)(i) rendering children inadmissible — Contention that applicant Niransani dependent child, accompanying family member because age locked in at time of H&C application not supported in officer's reasons — Not clear age “lock-in” applying in H&C context — Officer's rationale unclear when considering impact of Pirinthan's inadmissibility on applicants — Not meeting “substantive”, “accountability”, “justification, transparency and intelligibility” purposes set out in Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada — Applicant Anojan inadmissible under Act, s. 42(b) — However, as officer's application of Act, s. 42(a), Regulations, ss. 72(1)(e)(i) undermining decision not to grant waiver, matter returned for reconsideration — Application allowed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent d'immigration qui a rejeté une demande de résidence permanente présentée au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire — Les demandeurs, des Sri-Lankais, ont été déclarés interdits de territoire à cause de l'interdiction de territoire de l'époux de la demanderesse principale et de l'enfant (Pirinthan) conformément à l'art. 42a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et à l'art. 72(1)(e)(i) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'agent a refusé de lever l'interdiction de territoire — Il s'agissait de savoir si l'agent a commis une erreur en appliquant l'art. 42a), ainsi que les art. 1(3) (définition de « membre de la famille ») et 72(1)(e)(i) du Règlement — La décision de l'agent manque de justification, de transparence et d'intelligibilité — L'époux est un « membre de la famille » à l'égard de la demanderesse principale, et non à l'égard des enfants — L'art. 42a) de la Loi a donc été correctement appliqué en ce qui concerne la demanderesse principale, mais non en ce qui concerne les enfants — Ni l'article 42a) de la Loi ni l'art. 72(1)(e)(i) du Règlement n'ont pour effet de rendre les enfants inadmissibles — La décision de l'agent, selon qui la demanderesse Niransani était une enfant à charge, un membre de la famille qui accompagnait la demanderesse principale, parce que la date déterminante de l'âge de celle-ci était la date de la demande de résidence permanente pour des motifs d'ordre humanitaire, n'est aucunement étayée par les motifs sur lesquels s'appuie l'agent — Il n'est pas clair que la notion d'âge à la date déterminante s'applique dans le contexte des motifs d'ordre humanitaire — Le raisonnement

This was an application for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the applicants' application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds.

The principal applicant and her children, citizens of Sri Lanka, had been granted stage one approval by Citizenship and Immigration Canada. The principal applicant's spouse and one of her children, Pirinthan, were later declared inadmissible pursuant to paragraphs 40(1)(a) and 36(2)(a) respectively of the *Immigration and Refugee Protection Act*. As a result, the officer concluded that the applicants were inadmissible because they did not meet the admissibility requirements of paragraph 42(a) of the Act and subparagraph 72(1)(e)(i) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*. The officer also indicated that a waiver was not warranted because the applicants were not significantly established in Canada.

At issue was whether the officer erred in his application of paragraph 42(a) of the Act and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations, and of the definition of "family member" under subsection 1(3) of the Regulations.

Held, the application should be allowed.

The officer's decision lacked justification, transparency and intelligibility, and did not explain why and how paragraph 42(a) of the Act and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applied to render the applicants inadmissible. The spouse is the principal applicant's "family member" and it was appropriate to apply this definition for the purposes of section 42 of the Act. It was thus reasonable for the officer to determine that the spouse's inadmissibility rendered the principal applicant inadmissible due to paragraph 42(a). However, the spouse is not a "family member" *vis-à-vis* the principal applicant's children. He is their father, not a spouse or a dependent child. Neither paragraph 42(a) of the Act nor subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applies directly to

de l'agent est incertain en ce qui concerne l'incidence de l'inadmissibilité de Pirinthan sur les demandeurs — Son raisonnement ne répond pas aux objectifs « sur le plan du fond », « de la responsabilité judiciaire », « de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité » énoncés dans l'arrêt Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la fonction publique du Canada — Le demandeur Anojan est inadmissible aux termes de l'art. 42b) de la Loi — Toutefois, comme l'application de l'art. 42a) de la Loi et de l'art. 72(1)e)(i) du Règlement entache la décision de l'agent de ne pas lever l'interdiction, la demande est renvoyée pour réexamen — Demande accueillie.

Il s'agissait de la demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent d'immigration qui a rejeté la demande de résidence permanente présentée par les demandeurs au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire.

La demanderesse principale et ses enfants, citoyens du Sri Lanka, avaient reçu une évaluation favorable de Citoyenneté et Immigration Canada à l'étape 1 de leur demande. L'époux de la demanderesse principale et l'un de ses enfants, Pirinthan, ont été par la suite déclarés interdits de territoire aux termes, respectivement, des alinéas 40(1)a) et 36(2)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'agent a donc conclu que les demandeurs étaient inadmissibles parce qu'ils ne répondaient pas aux exigences de l'alinéa 42a) de la Loi et du sous-alinéa 72(1)e)(i) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'agent a également indiqué qu'il n'était pas justifié de lever l'interdiction parce que les demandeurs n'étaient pas très enracinés au Canada.

La question en litige consistait à déterminer si l'agent avait commis une erreur dans son application de l'alinéa 42a) de la Loi et du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement, ainsi que dans sa définition de « membre de la famille » aux termes du paragraphe 1(3) du Règlement.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La décision de l'agent n'était pas justifiée, transparente et intelligible et n'expliquait aucunement comment et pourquoi l'alinéa 42a) de la Loi et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement avaient pour effet de rendre les demandeurs interdits de territoire. L'époux est un « membre de la famille » de la demanderesse principale et il était approprié d'appliquer cette définition aux fins de l'article 42 de la Loi. Il était donc raisonnable pour l'agent de conclure que l'interdiction de territoire de l'époux emportait l'interdiction de territoire de la demanderesse principale en raison de l'alinéa 42a). Toutefois, l'époux n'est pas un « membre de la famille » à l'égard des enfants de la demanderesse principale. Il est leur père, et non un époux ou un enfant à charge. Ni l'alinéa 42a) de la Loi ni

render the children inadmissible or ineligible for permanent residence. Because these were the only provisions cited by the officer, it is not clear how the officer came to the conclusion that the spouse's inadmissibility impacted the children. The respondent's contention that the applicant Niransani was a dependent child because her age was "locked in" at the time of the H&C application, and thus an accompanying family member, is problematic. The officer made no reference to paragraph 42(b) of the Act or to age "lock-in". It is not clear that age "lock-in" applies in the H&C context. The officer's rationale is similarly unclear when considering the impact of Pirinthan's inadmissibility on the applicants. He was not the principal applicant's dependent child, nor was he a "family member" *vis-à-vis* the applicants, and there is nothing in the officer's reasons to suggest that Pirinthan's age was "locked in" at the application date. The officer's reasons did not meet the "substantive", "accountability", and "justification, transparency and intelligibility" purposes set out in the Federal Court of Appeal's decision in *Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*. As for the applicant Anojan, he was still the principal applicant's dependent child at the time of the officer's decision, and as such was inadmissible under paragraph 42(b) of the Act. Finally, the officer's application of section 42 of the Act and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations undermined his decision not to grant a waiver of inadmissibility to the principal applicant and Anojan. As a result, the application was returned for reconsideration by a different immigration officer.

le sous-alinéa 72(1)e(i) du Règlement n'ont pour effet direct de rendre les enfants interdits de territoire ou inadmissibles au statut de résident permanent. Puisqu'il s'agit des seules dispositions mentionnées par l'agent dans ses motifs, il est difficile de comprendre comment celui-ci est arrivé à la conclusion que l'interdiction de territoire frappant l'époux avait une incidence sur les enfants. L'argument du défendeur, selon lequel la demanderesse Niransani était une enfant à charge parce qu'il fallait tenir compte de son âge à la date déterminante de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire et qu'elle était donc un membre de la famille qui accompagnait la demanderesse principale, pose problème. L'agent n'a fait mention ni de l'alinéa 42b) de la Loi ni de la notion d'âge à la date déterminante. Il n'est pas clair que la notion d'âge à la date déterminante s'applique dans le contexte de motifs d'ordre humanitaire. La conclusion de l'agent quant à l'incidence de l'interdiction de Pirinthan sur les demandeurs repose également sur un fondement imprécis. Il n'était ni un enfant à charge de la demanderesse principale, ni un « membre de la famille » à l'égard des demandeurs, et rien dans les motifs de l'agent n'indique que celui-ci avait tenu compte de l'âge de Pirinthan à la date de la demande. Les motifs de l'agent ne répondaient pas aux objectifs sur le plan « du fond », « de la responsabilité judiciaire », et « de la justification, de la transparence et de l'intelligibilité » énoncés dans l'arrêt *Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la fonction publique du Canada*. Quant au demandeur Anojan, il était encore l'enfant à charge de la demanderesse principale au moment de la décision de l'agent et était donc interdit de territoire aux termes de l'alinéa 42b) de la Loi. Enfin, la façon dont l'agent a appliqué l'article 42 de la Loi et le sous-alinéa 72(1)e(i) du Règlement entache sa décision de ne pas lever l'interdiction pour la demanderesse principale et pour Anojan. C'est pourquoi la demande a été renvoyée pour réexamen par un autre agent d'immigration.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 145(3) (as am. by S.C. 2008, c. 18, s. 3).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 21, 36(2)(a), 40(1)(a), 42, 72(1).
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 1(3) "family member" (as am. by SOR/2004-217, s. 1), 2 "dependent child", 23, 72 (as am. by SOR/2004-167, ss. 25, 26; 2008-253, ss. 4, 5).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 145(3) (mod. par L.C. 2008, ch. 18, art. 3).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 21, 36(2)a), 40(1)a), 42, 72(1).
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 1(3) « membre de la famille » (mod. par DORS/2004-217, art. 1), 2 « enfant à charge », 23, 72 (mod. par DORS/2004-167, art. 25, 26; 2008-253, art. 4, 5).

CASES CITED

APPLIED:

Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada, 2010 FCA 158, [2011] 4 F.C.R. 425, 320 D.L.R. (4th) 733, 9 Admin. L.R. (5th) 79.

REFERRED TO:

Skobodzinska v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2008 FC 887, 331 F.T.R. 295; *Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 217, [2007] 2 F.C.R. 152, 270 D.L.R. (4th) 383, 54 Imm. L.R. (3d) 163; *Mou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 4788, 125 F.T.R. 203 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Inland Processing Manual (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/ip/ip05-eng.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 1: Procedures, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op01-eng.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op02-eng.pdf>>.

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 6: Federal Skilled Workers, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/op/op06-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by an immigration officer rejecting the applicants' application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate grounds. Application allowed.

APPEARANCES

Peter Shams for applicants.
Michel Pépin for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Administration de l'aéroport international de Vancouver c. Alliance de la Fonction publique du Canada, 2010 CAF 158, [2011] 4 R.C.F. 425.

DÉCISIONS CITÉES :

Skobodzinska c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2008 CF 887; *Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 217, [2007] 2 R.C.F. 152; *Mou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1997 CanLII 4788 (C.F. 1^{re} inst).

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 1 : Procédures, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op01-fra.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie du regroupement familial, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op02-fra.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 6 : Travailleurs qualifiés (fédéral), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/op/op06-fra.pdf>>.

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/ip/ip05-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision d'un agent d'immigration qui a rejeté la demande de résidence permanente présentée au Canada par les demandeurs pour des motifs d'ordre humanitaire. Demande accueillie.

ONT COMPARU

Peter Shams pour les demandeurs.
Michel Pépin pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Peter Shams, Montréal, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BÉDARD J.: This is an application by Sivapakiyam Sandramoorthy (the principal applicant) and two of her children, Niransani Sandramoorthy and Anojan Sandramoorthy (collectively, the applicants), made pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), for judicial review of a decision made by an immigration officer (the officer) of Citizenship and Immigration Canada (CIC), dated May 11, 2010, whereby the officer rejected the applicants' application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds.

I. Background

[2] Mrs. Sandramoorthy and her three children, Niransani Sandramoorthy (born May 9, 1984), Pirinthan Sandramoorthy (born August 11, 1986) and Anojan Sandramoorthy (born September 10, 1990), are citizens of Sri Lanka. They arrived in Canada in 1999. In October 2001, the principal applicant submitted an application for permanent residence from within Canada based on H&C grounds. She included her three children as "dependents in Canada" on her application. On March 2, 2005, CIC determined that there were sufficient H&C factors and, as such, granted the applicants stage one approval.

[3] Later in 2005, Ponniah Sandramoorthy, husband to the principal applicant and father to the children, who lived in Sri Lanka, applied for permanent residence in Canada from Sri Lanka. On February 22, 2010, the High Commission of Canada in Sri Lanka informed him that his application had been refused on account of his being

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Peter Shams, Montréal, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LA JUGE BÉDARD : Il s'agit d'une demande par laquelle Sivapakiyam Sandramoorthy (la demanderesse principale) et deux de ses enfants, Niransani Sandramoorthy et Anojan Sandramoorthy (collectivement, les demandeurs), en application du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), sollicitent le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un agent d'immigration (l'agent) de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC), datée du 11 mai 2010, qui a rejeté la demande de résidence permanente qu'ils ont présentée au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire.

I. Contexte

[2] M^{me} Sandramoorthy et ses trois enfants, Niransani Sandramoorthy (née le 9 mai 1984), Pirinthan Sandramoorthy (né le 11 août 1986) et Anojan Sandramoorthy (né le 10 septembre 1990), sont des citoyens du Sri Lanka. Ils sont arrivés au Canada en 1999. En octobre 2001, la demanderesse principale a présenté une demande de résidence permanente depuis le Canada, laquelle était fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Dans sa demande, elle a inscrit ses trois enfants comme « personnes à charge au Canada ». Le 2 mars 2005, CIC a conclu que les motifs d'ordre humanitaire étaient suffisants et, pour cette raison, a accordé aux demandeurs une évaluation favorable à l'étape 1 de la demande.

[3] Plus tard en 2005, Ponniah Sandramoorthy, qui est l'époux de la demanderesse principale et le père des enfants et qui vivait au Sri Lanka, y a présenté une demande de résidence permanente au Canada. Le 22 février 2010, le Haut-commissariat du Canada au Sri Lanka l'a informé que sa demande avait été rejetée parce

inadmissible for a period of two years pursuant to paragraph 40(1)(a) of the IRPA for having misrepresented, or for having withheld, material facts in his 2005 application.

[4] On January 22, 2010, Pirinthan, one of the principal applicant's sons, was convicted of two counts of "Failure to comply with condition of undertaking or recognizance" pursuant to subsection 145(3) [as am. by S.C. 2008, c. 18, s. 3] of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. As a consequence, he was declared inadmissible to Canada under paragraph 36(2)(a) of the IRPA and a deportation order was issued against him.

II. Impugned decision

[5] In a letter addressed by the officer to the principal applicant "and family" on May 11, 2010, the applicants were informed that their application had been rejected at the second stage, because they did not meet the statutory requirements for permanent residence under section 21 of the IRPA. The officer concluded that the applicants were inadmissible as a result of Pirinthan's and Ponniah's inadmissibility. The officer's reasoning appears in the following excerpt of his decision:

Paragraph R72(1)(e)(i) of *IRPA* stipulates that to become a permanent resident of Canada, it has to be established that a foreign national in Canada, as well as their family members, accompanying or not must not be inadmissible to Canada.

In addition, paragraph A42(a) of *IRPA* stipulates that a foreign national becomes inadmissible to Canada if an accompanying family member is inadmissible.

As a result of Pirinthan's and Ponniah's inadmissibilities, you and your family have failed to comply with the requirements of paragraph A21 of *IRPA*.

[6] The officer's detailed reasons, which were provided later, did not provide further information as to why he concluded that the applicants were inadmissible. However, he did indicate that a waiver would not be

qu'il était frappé d'une interdiction de territoire pour une période de deux ans en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR, ayant fait une présentation erronée sur un fait important, ou une réticence sur ce fait, dans sa demande de 2005.

[4] Le 22 janvier 2010, Pirinthan, un des fils de la demanderesse principale, a été reconnu coupable de deux chefs d'« Omission de se conformer à une condition d'une promesse ou d'un engagement » en vertu du paragraphe 145(3) [mod. par L.C. 2008, ch. 18, art. 3] du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En conséquence, il a été déclaré interdit de territoire au Canada conformément à l'alinéa 36(2)a) de la LIPR et une mesure d'expulsion a été prononcée contre lui.

II. Décision contestée

[5] Par lettre adressée par l'agent à la demanderesse principale [TRADUCTION] « et sa famille », le 11 mai 2010, les demandeurs ont été informés que leur demande avait été rejetée à l'étape 2 parce qu'ils ne répondaient pas aux exigences en matière de résidence permanente prévues à l'article 21 de la LIPR. L'agent a conclu que les demandeurs étaient interdits de territoire en raison de l'interdiction de territoire frappant Pirinthan et Ponniah. Le raisonnement de l'agent est présenté dans l'extrait suivant de sa décision :

[TRADUCTION] Le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement pris en application de la LIPR prévoit que pour devenir résident permanent du Canada, il doit être établi que ni l'étranger au Canada, ni les membres de sa famille — qu'ils l'accompagnent ou non — ne sont interdits de territoire au Canada.

De plus, l'alinéa 42a) de la LIPR prévoit qu'un étranger devient interdit de territoire au Canada si un membre de sa famille qui l'accompagne est interdit de territoire.

En conséquence de l'interdiction de territoire de Pirinthan et de Ponniah, votre famille et vous ne remplissez pas les exigences prévues à l'article 21 de la LIPR.

[6] Dans ses motifs détaillés, qui ont été fournis ultérieurement, l'agent n'a pas expliqué pourquoi il concluait que les demandeurs étaient interdits de territoire. Il a cependant indiqué qu'il ne serait pas justifié

warranted in the applicants' case because the applicants had not significantly established themselves in Canada: neither the principal applicant nor her daughter, Niransani, had been employed since arriving in 1999, both were receiving social assistance, and the two sons, Anojan and Pirinthan, had combined salaries totaling just \$9 000 in 2009. This, combined with the fact that there were two inadmissibilities impacting the family—i.e. Ponniah's and Pirinthan's—in the officer's opinion, militated against waiving the applicants' inadmissibility.

[7] It should be emphasized, at this point, that neither the principal applicant's husband, Ponniah, nor her son, Pirinthan, are applicants in the current matter.

III. Issues

[8] The applicants argue that the officer's decision was based on paragraph 42(a) (and not on both paragraphs 42(a) and (b)) and that he erred in his application of paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) [as am. by SOR/2004-167, s. 26] of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations). They submit that he applied an erroneous definition of "family member" for the purposes of these provisions. If he had applied the correct definition, they argue, the officer would not have concluded that Anojan and Niransani were inadmissible, nor would he have concluded that Pirinthan's inadmissibility had any impact on the applicants at all. The applicants also take issue with the officer's decision not to grant waiver to overcome any remaining inadmissibility—they allege that the officer's assessment in this regard was corrupted by his erroneous application of paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations.

[9] The respondent contends that the officer's decision was, in fact, based on both paragraphs 42(a) and 42(b) of the IRPA, and that his omission to mention paragraph 42(b) in his decision was merely a technical error that should not invalidate his decision. The respondent further submits that the officer did not apply an

de lever l'interdiction dans le cas des demandeurs puisque ces derniers n'étaient pas très enracinés au Canada : ni la demanderesse principale ni sa fille, Niransani, n'avaient travaillé depuis leur arrivée en 1999, touchant toutes deux des prestations d'aide sociale; les deux fils, Anojan et Pirinthan, avaient un salaire combiné d'à peine 9 000 \$ en 2009. De l'avis de l'agent, cette situation, conjuguée au fait que deux interdictions de territoire frappaient la famille — c'est-à-dire celle de Ponniah et celle de Pirinthan — militait contre la levée des interdictions de territoire.

[7] Il faut souligner à ce moment-ci que ni l'époux de la demanderesse principale, Ponniah, ni son fils, Pirinthan, ne sont des demandeurs dans la présente affaire.

III. Questions en litige

[8] Les demandeurs prétendent que la décision de l'agent était fondée sur l'alinéa 42a) (et non à la fois sur les alinéas a) et b) de l'article 42) et que l'agent a commis une erreur dans son application de l'alinéa 42a) de la LIPR et du sous-alinéa 72(1)e)(i) [mod. par DORS/2004-167, art. 26] du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement). Ils soutiennent que l'agent a donné à l'expression « membre de la famille » une définition erronée pour l'application de ces dispositions. Selon eux, si l'agent avait appliqué la bonne définition, il n'aurait pas conclu que Anojan et Niransani étaient interdits de territoire, pas plus qu'il n'aurait conclu que l'interdiction de territoire de Pirinthan avait une incidence sur les demandeurs. Les demandeurs contestent également la décision de l'agent de ne pas lever les autres interdictions de territoire. Ils allèguent que l'examen de l'agent à cet égard était contaminé par l'application erronée de l'alinéa 42a) de la LIPR et du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement.

[9] Le défendeur soutient que la décision de l'agent reposait en fait sur l'alinéa 42a) et sur l'alinéa 42b) de la LIPR, et que le fait que l'agent n'ait pas mentionné l'alinéa 42b) dans sa décision était simplement une erreur technique qui ne devrait pas invalider sa décision. Le défendeur fait de plus valoir que l'agent n'a pas

erroneous definition of “family member”. Instead, the respondent argues that the principal applicant’s children were all validly “family member[s]” because their ages were “locked in” as of the application date in 2001.

[10] For the reasons that follow, I find that the officer’s decision was unreasonable because it lacked justification, transparency and intelligibility. The officer did not provide any explanation as to why and how paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applied to render the applicants inadmissible.

IV. Analysis

[11] I find it useful, at this point, to outline the applicable legislative framework.

[12] Section 42 of the IRPA reads as follows:

Inadmissible family member **42.** A foreign national, other than a protected person, is inadmissible on grounds of an inadmissible family member if

(a) their accompanying family member or, in prescribed circumstances, their non-accompanying family member is inadmissible; or

(b) they are an accompanying family member of an inadmissible person.

[13] Subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations is similar, but instead of finding a foreign national to be inadmissible based on inadmissible family members, it requires a foreign national to establish that his or her family members are not inadmissible before that foreign national can become a permanent resident. It reads:

Obtaining status **72.** (1) A foreign national in Canada becomes a permanent resident if, following an examination, it is established that

appliqué une définition erronée de l’expression « membre de la famille ». Il prétend plutôt que les enfants de la demanderesse principale répondaient tous à la définition de « membre de la famille » parce qu’il fallait tenir compte de l’âge des enfants à la date déterminante, soit la date de la demande en 2001.

[10] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la décision de l’agent était déraisonnable en ce qu’elle n’était pas justifiée, transparente et intelligible. L’agent n’a aucunement expliqué comment et pourquoi l’alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement avaient pour effet de rendre les demandeurs interdits de territoire.

IV. Analyse

[11] J’estime utile à ce moment-ci de décrire le cadre législatif applicable.

[12] L’article 42 de la LIPR est rédigé comme suit :

Inadmissibilité familiale **42.** Emportent, sauf pour le résident permanent ou une personne protégée, interdiction de territoire pour inadmissibilité familiale les faits suivants :

a) l’interdiction de territoire frappant tout membre de sa famille qui l’accompagne ou qui, dans les cas réglementaires, ne l’accompagne pas;

b) accompagner, pour un membre de sa famille, un interdit de territoire.

[13] Le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement est semblable à la disposition qui précède, mais plutôt que de conclure à l’interdiction de territoire de l’étranger pour inadmissibilité familiale, il exige de l’étranger qu’il établisse que les membres de sa famille ne sont pas interdits de territoire avant qu’il ne puisse devenir un résident permanent. La disposition est rédigée comme suit :

Obtention du statut **72.** (1) L’étranger au Canada devient résident permanent si, à l’issue d’un contrôle, les éléments suivants sont établis :

...

(e) except in the case of a foreign national who has submitted a document accepted under subsection 178(2) or of a member of the protected temporary residents class,

(i) they and their family members, whether accompanying or not, are not inadmissible,

[14] In essence, and with certain exceptions, under paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations, a foreign national is inadmissible if he or she has a “family member” that is inadmissible.

[15] The definition of “family member”, for the purposes of both section 42 of the IRPA and section 72 [as am. by SOR/2004-167, ss. 25, 26; 2008-253, ss. 4, 5] of the Regulations, is found in subsection 1(3) [as am. by SOR/2004-217, s. 1] of the Regulations. That definition reads as follows:

1. ...

Definition of “family member”

(3) For the purposes of the Act, other than section 12 and paragraph 38(2)(d), and for the purposes of these Regulations, other than sections 159.1 and 159.5, “family member” in respect of a person means

(a) the spouse or common-law partner of the person;

(b) a dependent child of the person or of the person’s spouse or common-law partner; and

(c) a dependent child of a dependent child referred to in paragraph (b).

[16] The definition of “dependent child” is set out in section 2 of the Regulations:

Interpretation

2. The definitions in this section apply in these Regulations.

...

“dependent child”, in respect of a parent, means a child who

[...]

e) sauf dans le cas de l'étranger ayant fourni un document qui a été accepté aux termes du paragraphe 178(2) ou de l'étranger qui fait partie de la catégorie des résidents temporaires protégés :

(i) ni lui ni les membres de sa famille — qu'ils l'accompagnent ou non — ne sont interdits de territoire,

[14] Essentiellement, et sauf exception, l'alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement prévoient que l'étranger est interdit de territoire si un « membre de sa famille » est interdit de territoire.

[15] Pour l'application de l'article 42 de la LIPR et de l'article 72 [mod. par DORS/2004-167, art. 25, 26; 2008-253, art. 4, 5] du Règlement, l'expression « membre de la famille » est définie au paragraphe 1(3) [mod. par DORS/2004-217, art. 1] du Règlement. Cette définition est rédigée comme suit :

1. [...]

(3) Pour l'application de la Loi — exception faite de l'article 12 et de l'alinéa 38(2)d) — et du présent règlement — exception faite des articles 159.1 et 159.5 —, « membre de la famille », à l'égard d'une personne, s'entend de :

a) son époux ou conjoint de fait;

b) tout enfant qui est à sa charge ou à la charge de son époux ou conjoint de fait;

c) l'enfant à charge d'un enfant à charge visé à l'alinéa b).

Définition de « membre de la famille »

[16] La définition d'« enfant à charge » figure à l'article 2 du Règlement :

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

[...]

« enfant à charge » L'enfant qui :

- | | |
|---|---|
| <p>(a) has one of the following relationships with the parent, namely,</p> <p>(i) is the biological child of the parent, if the child has not been adopted by a person other than the spouse or common-law partner of the parent, or</p> <p>(ii) is the adopted child of the parent; and</p> <p>(b) is in one of the following situations of dependency, namely,</p> <p>(i) is less than 22 years of age and not a spouse or common-law partner,</p> <p>(ii) has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 — or if the child became a spouse or common-law partner before the age of 22, since becoming a spouse or common-law partner — and, since before the age of 22 or since becoming a spouse or common-law partner, as the case may be, has been a student</p> <p style="padding-left: 40px;">(A) continuously enrolled in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and</p> <p style="padding-left: 40px;">(B) actively pursuing a course of academic, professional or vocational training on a full-time basis, or</p> <p>(iii) is 22 years of age or older and has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 and is unable to be financially self-supporting due to a physical or mental condition.</p> | <p>a) d'une part, par rapport à l'un ou l'autre de ses parents :</p> <p>(i) soit en est l'enfant biologique et n'a pas été adopté par une personne autre que son époux ou conjoint de fait,</p> <p>(ii) soit en est l'enfant adoptif;</p> <p>b) d'autre part, remplit l'une des conditions suivantes :</p> <p>(i) il est âgé de moins de vingt-deux ans et n'est pas un époux ou conjoint de fait,</p> <p>(ii) il est un étudiant âgé qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans ou est devenu, avant cet âge, un époux ou conjoint de fait et qui, à la fois :</p> <p style="padding-left: 40px;">(A) n'a pas cessé d'être inscrit à un établissement d'enseignement post-secondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci,</p> <p style="padding-left: 40px;">(B) y suit activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle,</p> <p>(iii) il est âgé de vingt-deux ans ou plus, n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans et ne peut subvenir à ses besoins du fait de son état physique ou mental.</p> |
|---|---|

[17] In his letter, the officer pointed specifically to paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations as the basis for deciding that because both Ponniah and Pirinthan were inadmissible, the applicants had failed to comply with the requirements for permanent residence.

[17] Dans sa lettre, l'agent a expressément mentionné qu'il s'appuyait sur l'alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement pour conclure qu'en raison de l'interdiction de territoire de Ponniah et de Pirinthan, les demandeurs ne respectaient pas les exigences en matière de résidence permanente.

[18] The applicants argue that the officer erred in finding that paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applied so as to render the applicants inadmissible. They submit that the officer arrived at this erroneous conclusion because he misapprehended the meaning of “family member” for the purposes of these provisions. They argue that neither Ponniah nor Pirinthan are “family member[s]” with respect to the two applicants Niransani and Anojan. Instead, Ponniah is their father—not a spouse (paragraph 1(3)(a)) and not a dependent child (paragraphs 1(3)(b) and 1(3)(c))—and thus, he is not their “family member” for the purposes of paragraph 42(a) of the IRPA or subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations. Furthermore, Pirinthan is the brother of these two applicants—not a spouse (paragraph 1(3)(a)) and not a dependent child (paragraphs 1(3)(b) and 1(3)(c))—and thus, Pirinthan is not their “family member” for the purposes of paragraph 42(a) of the IRPA or subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations either. As such, the applicants argue that the officer clearly erred when he invoked these two provisions to find that Niransani and Anojan were inadmissible and not eligible to become permanent residents. This error, the applicants argue, is determinative of the application for judicial review with respect to Niransani and Anojan.

[19] With respect to the principal applicant, the applicants admit that Ponniah is her “family member” because he is her husband, and thus satisfies the criterion set out in paragraph 1(3)(a) of the Regulations. However, the applicants argue that the officer nonetheless erred because he also indicated that Pirinthan’s inadmissibility impacted upon the principal applicant’s admissibility. In this regard, the applicants argue that Pirinthan is not the principal applicant’s “family member” because he is not her “dependent child” and, thus, does not satisfy the requirement set out in paragraph 1(3)(b) of the Regulations. They argue that because Pirinthan is over the age of 22, works full time, and is not financially dependent on his mother, he does not satisfy the definition of “dependent child” set out in section 2 of the Regulations. This error, the applicants argue, calls the

[18] Les demandeurs soutiennent que l’agent a commis une erreur en concluant que l’alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement s’appliquaient de sorte à interdire les demandeurs de territoire. Ils prétendent que l’agent est parvenu à tort à cette conclusion parce qu’il a mal interprété l’expression « membre de la famille » pour l’application de ces dispositions. Ils font valoir que ni Ponniah ni Pirinthan ne sont des « membre[s] de la famille » à l’égard des deux demandeurs, Niransani et Anojan. En fait, Ponniah est leur père — il n’est pas un époux (alinéa 1(3)a)) et il n’est pas un enfant à charge (alinéas 1(3)b) et 1(3)c)) — et, par conséquent, il n’est pas un « membre de [leur] famille » pour l’application de l’alinéa 42a) de la LIPR ou du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement. De plus, Pirinthan est le frère de ces deux demandeurs — il n’est pas un époux (alinéa 1(3)a)) et il n’est pas un enfant à charge (alinéas 1(3)b) et 1(3)c)) — et, de ce fait, il n’est pas non plus un « membre de [leur] famille » pour l’application de l’alinéa 42a) de la LIPR ou du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement. C’est pourquoi les demandeurs soutiennent que l’agent a manifestement commis une erreur lorsqu’il a invoqué ces deux dispositions pour conclure que Niransani et Anojan étaient interdits de territoire et n’étaient pas admissibles à devenir résidents permanents. Selon les demandeurs, cette erreur est déterminante quant à l’issue de la demande de contrôle judiciaire à l’égard de Niransani et d’Anojan.

[19] En ce qui concerne la demanderesse principale, les demandeurs reconnaissent que Ponniah est un « membre de [sa] famille » parce qu’il est son époux et répond ainsi au critère énoncé à l’alinéa 1(3)a) du Règlement. Les demandeurs soutiennent cependant que l’agent a néanmoins commis une erreur parce qu’il a également indiqué que l’interdiction de territoire de Pirinthan avait une incidence sur l’admissibilité de la demanderesse principale relativement à la résidence permanente. À cet égard, les demandeurs font valoir que Pirinthan n’est pas un « membre de la famille » de la demanderesse principale parce qu’il n’est pas un « enfant qui est à sa charge » et ne répond donc pas à l’exigence énoncée à l’alinéa 1(3)b) du Règlement. Ils soutiennent que, parce que Pirinthan est âgé de plus de 22 ans, qu’il travaille à plein temps et qu’il n’est pas financièrement

validity of the officer's finding with respect to the principal applicant into question.

[20] The respondent argues, for his part, that the officer's application of sections 42 of the IRPA and 72 of the Regulations was entirely reasonable. Pirinthan, the respondent suggests, does satisfy the definition of "family member" with respect to the principal applicant because his age was "locked in" as of the application date. Thus, Pirinthan falls within paragraph 1(3)(b) of the Regulations with respect to the principal applicant. Furthermore, the respondent points out that there is no disagreement that Ponniah is the principal applicant's "family member" under paragraph 1(3)(a) of the Regulations, since he is her spouse. As such, the officer's conclusion that the principal applicant was inadmissible under paragraph 42(a) of the IRPA was right. The respondent further submits that since the principal applicant was appropriately deemed to be inadmissible, her accompanying family members were also appropriately deemed to be inadmissible under paragraph 42(b), as opposed to paragraph 42(a), of the IRPA. He argues that Niransani and Anojan were appropriately considered by the officer to be dependent children of the principal applicant because their ages were also "locked in" at the date of the H&C application. As such, Niransani and Anojan were the principal applicant's "family member[s]" under paragraph 1(3)(b) of the Regulations.

[21] Turning first to consider the impact of Ponniah's inadmissibility on the principal applicant. There is no disagreement over the fact that Ponniah, as the principal applicant's spouse, is her "family member" for the purposes of the subsection 1(3) definition. There is also no disagreement that this definition is the appropriate definition to apply for the purposes of section 42 of the IRPA. Paragraph 42(a) indicates, in part, that a foreign national is inadmissible if, in prescribed circumstances, a non-accompanying family member is inadmissible. Section 23 of the Regulations sets out the prescribed circumstances, and subparagraph 23(b)(i), in particular,

à la charge de sa mère, il ne répond pas à la définition d'« enfant à charge » figurant à l'article 2 du Règlement. Selon les demandeurs, cette erreur remet en question la validité de la conclusion de l'agent à l'égard de la demanderesse principale.

[20] Pour sa part, le défendeur soutient que l'agent a appliqué les articles 42 de la LIPR et 72 du Règlement de façon tout à fait raisonnable. Selon lui, Pirinthan répond en effet à la définition de « membre de la famille » à l'égard de la demanderesse principale parce qu'il fallait tenir compte de son âge à la date déterminante, soit la date de la demande. Ainsi, Pirinthan est visé par l'alinéa 1(3)b) du Règlement à l'égard de la demanderesse principale. De plus, le défendeur souligne qu'il n'est pas contesté que Ponniah est un « membre de la famille » de la demanderesse principale en vertu de l'alinéa 1(3)a) du Règlement puisqu'il est son époux. Pour cette raison, la conclusion de l'agent selon laquelle la demanderesse principale était interdite de territoire en vertu de l'alinéa 42a) de la LIPR était correcte. Le défendeur fait de plus valoir que puisque la demanderesse principale était à juste titre réputée interdite de territoire, les membres de la famille qui l'accompagnaient étaient également à juste titre réputés interdits de territoire en vertu de l'alinéa 42b), et non de l'alinéa 42a), de la LIPR. Il soutient que l'agent a correctement considéré que Niransani et Anojan étaient des enfants à charge de la demanderesse principale parce que la date déterminante était également celle de la demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. Aussi, Niransani et Anojan étaient des « membre[s] de la famille » de la demanderesse principale au sens de l'alinéa 1(3)b) du Règlement.

[21] J'examinerai tout d'abord l'incidence de l'interdiction de territoire de Ponniah sur la demanderesse principale. Il n'est pas contesté que Ponniah, à titre d'époux de la demanderesse principale, est un « membre de la famille » au sens du paragraphe 1(3). Il n'est pas non plus contesté que cette définition est la définition qu'il convient d'appliquer pour les besoins de l'article 42 de la LIPR. L'alinéa 42a) indique notamment qu'emporte interdiction de territoire de l'étranger l'interdiction de territoire frappant un membre de sa famille qui, dans les cas réglementaires, ne l'accompagne pas. L'article 23 du Règlement énonce les cas réglementaires

indicates that if the non-accompanying family member is “the spouse of the foreign national, except where the relationship between the spouse and foreign national has broken down in law or in fact,” then the inadmissibility of that non-accompanying family member will render the foreign national, themselves, inadmissible. There is no indication that the relationship between the principal applicant and her husband had broken down in law or in fact and, as such, it was entirely reasonable for the officer to determine that Ponniah’s inadmissibility rendered the principal applicant inadmissible due to paragraph 42(a) of the IRPA.

[22] The situation is not so clear, however, when we turn to consider the impact of Ponniah’s inadmissibility on the two children—Niransani and Anojan. The applicants are correct to point out that Ponniah is not a “family member” *vis-à-vis* Niransani and Anojan for the purposes of the definition found in subsection 1(3) of the Regulations. He is their father: not a spouse and not a dependent child. As such, neither paragraph 42(a) of the IRPA nor subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applies directly to render the two children inadmissible or ineligible for permanent residence. Since these were the only provisions cited by the officer in his reasons, one is left to speculate as to how the officer came to the conclusion that Ponniah’s inadmissibility impacted both Niransani and Anojan.

[23] The respondent argues that the officer likely applied the concept of age “lock-in” in combination with paragraph 42(b) of the IRPA, as opposed to paragraph 42(a), to arrive at the conclusion that the two children were both inadmissible as an indirect result of Ponniah’s inadmissibility. The respondent submits that since Ponniah’s inadmissibility rendered the principal applicant inadmissible, then—by virtue of paragraph 42(b) of the IRPA—the children were also rendered inadmissible because they were accompanying “family member[s]” of their inadmissible mother. They were “family member[s]” of their mother by virtue of paragraph 1(3)(b) of the Regulations: they were her dependent children.

et le sous-alinéa 23b)(i) prévoit en particulier que si le membre de la famille qui ne l’accompagne pas est « l’époux de l’étranger, sauf si la relation entre celui-ci et l’étranger est terminée, en droit ou en fait », alors l’interdiction de territoire du membre de la famille qui ne l’accompagne pas emporte interdiction de territoire de l’étranger lui-même. Rien n’indique que la relation entre la demanderesse principale et son époux était terminée, en droit ou en fait, et, en conséquence, il était tout à fait raisonnable que l’agent conclue que l’interdiction de territoire de Ponniah emportait interdiction de territoire de la demanderesse principale en raison de l’alinéa 42a) de la LIPR.

[22] Cependant, la situation n’est pas aussi claire lorsque nous examinons l’incidence de l’interdiction de territoire de Ponniah sur les deux enfants, Niransani et Anojan. Les demandeurs ont raison de préciser que Ponniah n’est pas un « membre de la famille » à l’égard de Niransani et d’Anojan au sens du paragraphe 1(3) du Règlement. Il est leur père. Il n’est pas un époux et il n’est pas un enfant à charge. En conséquence, ni l’alinéa 42a) de la LIPR ni le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement n’a pour effet direct de rendre les deux enfants interdits de territoire ou inadmissible au statut de résident permanent. Puisqu’il s’agit des seules dispositions mentionnées par l’agent dans ses motifs, on ne peut que faire des hypothèses sur la façon dont celui-ci est arrivé à la conclusion que l’interdiction de territoire frappant Ponniah avait une incidence sur Niransani et Anojan.

[23] Le défendeur soutient que l’agent a vraisemblablement appliqué le concept de l’âge à la date déterminante en plus de l’alinéa 42b) de la LIPR, et non de l’alinéa 42a), pour tirer la conclusion selon laquelle les deux enfants étaient tous deux interdits de territoire et qu’il s’agissait d’une conséquence indirecte de l’interdiction de territoire de Ponniah. Le défendeur fait valoir que puisque l’interdiction de territoire de Ponniah emportait interdiction de territoire de la demanderesse principale, elle emportait alors — en application de l’alinéa 42b) de la LIPR — interdiction de territoire des enfants parce qu’ils étaient des « membre[s] de la famille » qui accompagnaient leur mère qui était interdite de territoire. Ils étaient des « membre[s] de la famille »

[24] The respondent contends that despite the fact that Niransani no longer satisfied the definition of “dependent child” as set out in section 2 of the Regulations (she was 26 years old as of the date the officer rendered his decision), she was appropriately considered to be a dependent child because her age was “locked in” at the time of the initial H&C application: i.e. since Niransani was a “dependent child” when the applicants first submitted their application for permanent residence in 2001, she was still a “dependent child” when the officer rendered his decision in 2010. Thus, Niransani was an accompanying “family member” of the principal applicant as of the date of the officer’s decision and was rendered inadmissible, along with her brother Anojan, by the principal applicant’s inadmissibility.

[25] This argument is problematic because not only did the officer not mention paragraph 42(b) of the IRPA anywhere in his letter or his reasons, he also did not mention that age “lock-in” was being relied upon. This is of particular concern because it is not clear that age “lock-in” applies in the H&C context. It is true that this Court and the Federal Court of Appeal have recognized that it is CIC policy to “lock-in” the age of an applicant in the context of overseas applications for permanent residence (*Skobodzinska v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 887, 331 F.T.R. 295, at paragraph 18; *Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 217, [2007] 2 F.C.R. 152, at paragraph 55; *Mou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 4788, 125 F.T.R. 203 (F.C.T.D.)). However, the relevant *Overseas Processing Manual (OP)* specifically establishes that age “lock-in” is to take place in those contexts (see, for example, section 5.24 of Chapter OP 1: Procedures (2010-09-23); section 5.4 of Chapter OP 2: Processing Members of the Family Class (2006-11-14); section 9.3 of Chapter OP 6: Federal Skilled Workers (2010-12-14)). In contrast, the manual [*Inland Processing Manual (IP)*] associated with H&C applications made from within Canada, Chapter IP 5: Immigrant Applications in

de leur mère au sens de l’alinéa 1(3)b) du Règlement : ils étaient ses enfants à charge.

[24] Le défendeur soutient que malgré le fait que Niransani ne répondait plus à la définition d’« enfant à charge » à l’article 2 du Règlement (elle était âgée de 26 ans à la date à laquelle l’agent a rendu sa décision), elle a été correctement considérée comme étant un enfant à charge parce qu’il fallait tenir compte de son âge à la date déterminante, soit celle de la demande initiale fondée sur des motifs d’ordre humanitaire, c’est-à-dire que, comme Niransani était une « enfant à charge » au moment où les demandeurs ont présenté leur demande de résidence permanente en 2001, elle était toujours une « enfant à charge » au moment où l’agent a rendu sa décision en 2010. Ainsi, Niransani était un « membre de la famille » qui accompagnait la demanderesse principale à la date de la décision de l’agent, et l’interdiction de territoire de la demanderesse principale emportait son interdiction de territoire de même que celle de son frère.

[25] Cet argument pose problème en ce que non seulement l’agent n’a fait aucune mention de l’alinéa 42b) de la LIPR dans sa lettre ou dans ses motifs, mais qu’il n’a pas non plus mentionné qu’il s’était fondé sur l’âge à la date déterminante. Ces omissions sont particulièrement préoccupantes parce qu’il n’est pas clair que la notion d’âge à la date déterminante s’applique dans le contexte des motifs d’ordre humanitaire. Il est vrai que cette Cour et la Cour d’appel fédérale ont reconnu que CIC a pour politique de tenir compte de l’âge à la date déterminante dans le contexte des demandes de résidence permanente présentées à l’étranger (*Skobodzinska c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 887, au paragraphe 18; *Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 217, [2007] 2 R.C.F. 152, au paragraphe 55; *Mou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 1997 CanLII 4788 (C.F. 1^{re} inst.)). Cependant, les Guides opérationnels – *Guide de traitement des demandes à l’étranger (OP)* [Guide] établissent que la notion d’âge à la date déterminante doit être appliquée dans ces contextes (voir par exemple, la section 5.24 du Guide, Chapitre OP 1 : Procédures (2010-09-23); la section 5.4 du Guide, Chapitre OP 2 : Traitement des demandes présentées par des membres de la catégorie

Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds” (2009-08-31), makes no mention of age “lock-in”, nor has this Court ever considered such a “lock-in” in the H&C context.

[26] Even if age “lock-in” were accepted, it is not clear that it could properly be used to disadvantage an applicant in the manner suggested by the respondent.

[27] Since the officer made no reference to either paragraph 42(b) of the IRPA or to age “lock-in”, I find that the respondent’s submissions in this regard are speculative at best. In reality, the basis upon which the officer arrived at his determination regarding the impact of Ponniah’s inadmissibility on Niransani, at least, is unclear.

[28] The officer’s rationale is similarly unclear when we turn to consider the impact of Pirinthan’s inadmissibility on the applicants. As of the date the officer rendered his decision, Pirinthan was 23 years old and had a full-time job. As such, he was not the principal applicant’s “dependent child”, nor was he any other type of “family member” *vis-à-vis* the applicants. Once again, then, it is unclear how the officer arrived at his conclusion that paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations applied so as to render the applicants inadmissible or ineligible for permanent residence. There is nothing in the officer’s reasons to suggest that Pirinthan’s age was “locked in” at the application date, nor is there anything to suggest that the officer relied on a “locked-in” age to determine that the applicants were inadmissible. If it were clear that the officer had, in fact, done this, then that would raise some interesting questions to consider on this judicial review. However, it is not clear.

du regroupement familial (2006-11-14); la section 9.3 du Guide, Chapitre OP 6 : Travailleurs qualifiés (fédéral) (2010-12-14)). En revanche, le *Guide sur le traitement des demandes au Canada (IP)* pour des motifs d’ordre humanitaire, Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d’ordre humanitaire (2009-08-31), est silencieux quant à cette notion d’âge à la date déterminante, et la Cour ne s’est jamais penchée sur cette question dans le contexte d’une demande fondée sur des motifs d’ordre humanitaire.

[26] Même si la notion d’âge à la date déterminante était retenue, il n’est pas certain qu’elle pourrait être correctement utilisée pour défavoriser les demandeurs de la manière indiquée par le défendeur.

[27] Puisque l’agent n’a fait mention ni de l’alinéa 42(b) de la LIPR ni de la notion d’âge à la date déterminante, je conclus que les observations du défendeur à cet égard sont au mieux hypothétiques. En fait, la conclusion de l’agent quant à l’incidence de l’interdiction de Ponniah sur Niransani repose sur un fondement pour le moins vague.

[28] Le raisonnement de l’agent est tout aussi incertain si l’on considère l’incidence de l’interdiction de territoire de Pirinthan sur les demandeurs. Au moment où l’agent a rendu sa décision, Pirinthan était âgé de 23 ans et occupait un emploi à temps plein. Ainsi, il n’était pas un « enfant à charge » de la demanderesse principale ni un quelconque « membre de la famille » des demandeurs. Encore là, on ne sait pas comment l’agent est arrivé à la conclusion que l’alinéa 42(a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)(e)(i) du Règlement s’appliquaient de façon à rendre les demandeurs interdits de territoire ou inadmissibles au statut de résident permanent. Rien dans les motifs de l’agent n’indique qu’il avait tenu compte de l’âge de Pirinthan à la date de la demande, pas plus qu’il n’existe quelque élément tendant à indiquer que l’agent s’est fondé sur un âge déterminé pour conclure que les demandeurs étaient interdits de territoire. S’il était clair que l’agent avait effectivement agi ainsi, certaines questions intéressantes mériteraient alors d’être examinées dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Or, ce n’est pas clair.

[29] The Federal Court of Appeal in *Vancouver International Airport Authority v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 158, [2011] 4 F.C.R. 425, at paragraph 16, set out “four fundamental purposes” for the provision of reasons in the administrative law context:

(a) *The substantive purpose.* At least in a minimal way, the substance of the decision must be understood, along with why the administrative decision maker ruled in the way that it did.

(b) *The procedural purpose.* The parties must be able to decide whether or not to invoke their rights to have the decision reviewed by a supervising court. This is an aspect of procedural fairness in administrative law. If the bases underlying the decision are withheld, a party cannot assess whether the bases give rise to a ground for review.

(c) *The accountability purpose.* There must be enough information about the decision and its bases so that the supervising court can assess, meaningfully, whether the decision maker met minimum standards of legality. This role of supervising courts is an important aspect of the rule of law and must be respected: *Crevier v. Attorney General of Quebec et al.*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dunsmuir*, above, at paragraphs 27 to 31. In cases where the standard of review is reasonableness, the supervising court must assess “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. If the supervising court has been prevented from assessing this because too little information has been provided, the reasons are inadequate: see, e.g., *Canadian Assn. of Broadcasters*, above, at paragraph 11.

(d) *The “justification, transparency and intelligibility” purpose:* *Dunsmuir*, above, at paragraph 47. This purpose overlaps, to some extent, with the substantive purpose. Justification and intelligibility are present when a basis for a decision has been given, and the basis is understandable, with some discernable rationality and logic. Transparency speaks to the ability of observers to scrutinize and understand what an administrative decision maker has decided and why. In this case, this would include the parties to the proceeding, the employees whose positions were in issue, and employees, employers, unions and businesses that may face similar issues in the future. Transparency, though, is not just limited to observers who have a specific interest in the decision. The broader public also has an interest in transparency: in this case, the Board is a

[29] Dans l’arrêt *Administration de l’aéroport international de Vancouver c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 158, [2011] 4 R.C.F. 425, au paragraphe 16, la Cour d’appel fédérale énonce les « quatre objectifs fondamentaux » de l’obligation de motiver une décision dans le contexte du droit administratif :

a) *L’objectif sur le plan du fond.* Au moins de façon minimale, le fond de la décision doit être compris au même titre que la raison pour laquelle le décideur administratif a pris une telle décision.

b) *L’objectif sur le plan de la procédure.* Les parties doivent être en mesure de décider s’il convient ou non d’exercer leurs droits de demander le contrôle judiciaire de la décision à un tribunal de révision. Il s’agit d’un aspect de l’équité procédurale en droit administratif. Si les motifs sur lesquels repose la décision ne sont pas indiqués, les parties ne peuvent évaluer s’ils donnent ouverture au contrôle judiciaire.

c) *L’objectif sur le plan de la responsabilité judiciaire.* La décision et ses fondements doivent comporter suffisamment de renseignements pour permettre au tribunal de révision d’évaluer, valablement, si le décideur a satisfait aux normes minimales de la légalité. Ce rôle des tribunaux de révision est un aspect important de la règle de droit et doit être respecté : *Crevier c. Procureur général du Québec et autres*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dunsmuir*, précité, aux paragraphes 27 à 31. Dans des cas où la norme de contrôle est celle de la raisonabilité, le tribunal de révision doit évaluer si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47. Si le tribunal de révision n’a pas pu évaluer cet aspect parce que la décision comporte trop peu de renseignements, les motifs sont insuffisants : voir, p. ex., *Assoc. canadienne des radiodiffuseurs*, précité, au paragraphe 11.

d) *L’objectif sur le plan de la « justification de la décision à la transparence et à l’intelligibilité » :* *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47. Cet objectif chevauche dans une certaine mesure l’objectif sur le plan du fond. La décision est justifiée et intelligible lorsque son fondement est précisé et qu’il est compréhensible, rationnel et logique. La transparence fait référence à la capacité des observateurs à analyser et à comprendre la décision d’un décideur administratif et les motifs de sa décision. En l’espèce, les observateurs seraient les parties engagées dans l’affaire, les employés dont les postes sont en cause et les employés, employeurs, syndicats et entreprises qui pourraient se heurter à des problèmes semblables à l’avenir. La transparence ne se limite toutefois pas simplement aux observateurs qui ont un intérêt précis dans la décision. Le

public institution of government and part of our democratic governance structure.

[30] I consider that the reasons provided by the officer in the current matter are inadequate on at least three of the four fronts. The substantive purpose was not satisfied because it is unclear why the officer found that paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations were engaged with respect to all three applicants. The accountability purpose was also not satisfied. There is not enough information to allow this Court, as the supervising court, to assess meaningfully, “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”. Finally, the reasons lack “justification, transparency and intelligibility” because they fail to explain why all three of the applicants had “failed to comply with the requirements” of the IRPA on account of the inadmissibility of Ponniah and Pirinthan. Neither this Court nor outside observers are provided with enough information to enable them to scrutinize and understand why the officer decided the way that he did.

[31] The inadequacy of the officer’s reasons render his application of paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations unreasonable, at least with respect to Niransani. This is sufficient to grant the current application with respect to that applicant. The officer’s findings that the principal applicant and Anojan had “failed to comply with the requirements” of the IRPA, however, were adequately explained. It is clear that the inadmissibility of the principal applicant’s husband rendered the principal applicant, herself, inadmissible due to paragraph 42(a) of the IRPA and prevented her from obtaining status under subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations, as explained above. Although, paragraph 42(b) of the IRPA was not mentioned by the officer, Anojan was clearly still the principal applicant’s dependent child at the time of the officer’s decision, since he was 19 years old. As such, he was inadmissible under paragraph 42(b) of the IRPA for being the accompanying family member of her inadmissible mother.

public en général a également un intérêt dans la transparence : en l’espèce, le Conseil est une institution publique gouvernementale et fait partie de notre structure de gouvernance démocratique.

[30] J’estime que les motifs de l’agent dans la présente affaire sont insuffisants à l’égard d’au moins trois des quatre objectifs. L’objectif sur le plan du fond n’a pas été atteint parce qu’on ne sait pas pourquoi l’agent a conclu que l’alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement s’appliquaient aux trois demandeurs. L’objectif sur le plan de la responsabilité n’a pas non plus été atteint. En tant que cour de révision, la Cour ne dispose pas de suffisamment de renseignements pour pouvoir véritablement déterminer si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». Enfin, les motifs manquent de « justification [...], [de] transparence et [d’]intelligibilité » parce qu’on n’y n’explique pas pourquoi les trois demandeurs [TRADUCTION] « ne rempliss[ai]ent pas les exigences » de la LIPR en raison de l’interdiction de territoire de Ponniah et de Pirinthan. Ni la Cour ni les observateurs externes ne disposent de renseignements suffisants qui leur permettraient d’analyser et de comprendre la raison pour laquelle l’agent a pris la décision qu’il a prise.

[31] L’insuffisance des motifs de l’agent fait que son application de l’alinéa 42a) de la LIPR et du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement est déraisonnable, du moins à l’égard de Niransani. Cela est suffisant pour accueillir la présente demande à l’égard de cette demanderesse. Cependant, les conclusions de l’agent selon lesquelles la demanderesse principale et Anojan [TRADUCTION] « ne rempliss[ai]ent pas les exigences » de la LIPR comportaient suffisamment d’explications. Il est clair que l’interdiction de territoire de l’époux de la demanderesse principale emportait interdiction de territoire de la demanderesse principale elle-même en raison de l’alinéa 42a) de la LIPR et l’empêchait d’obtenir son statut en vertu du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement, comme je l’ai expliqué ci-dessus. Même si l’agent n’a pas mentionné l’alinéa 42b) de la LIPR, Anojan demeurait manifestement un enfant à charge de la demanderesse principale au moment de la décision de l’agent, puisqu’il était âgé de 19 ans. Ainsi, il était interdit de territoire en vertu de l’alinéa 42b) de la LIPR

[32] Therefore, I will continue to consider the issue of waiver with respect to the principal applicant and Anojan only.

[33] The applicants argue that the officer's decision not to exercise his discretion to grant a waiver of inadmissibility was guided by his belief that there were two inadmissibility findings, which directly impacted the applicants' status. They submit that if the officer had not erred in applying paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations, then he would have realized that there was, in fact, only one relevant inadmissibility finding (Ponniah's). Furthermore, the applicants argue that had the officer realized that both Niransani and Anojan were not directly inadmissible, then the officer would have considered the children's status in Canada as a factor in favour of waiving inadmissibility with regards to the principal applicant. In response to this, the respondent submits only that the applicants did not ask for a waiver.

[34] Chapter IP 5 of the CIC operations manual entitled, Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds (2009-08-31), emphasizes that an immigration officer has the discretion to waive certain inadmissibilities at stage two of the H&C application process. It indicates [at page 23]:

In cases where the applicant has been granted an exemption to overcome inadmissibility [in the Stage 1 assessment], the applicant should have no other inadmissibilities prior to the final decision. If other inadmissibilities are discovered during Stage 2, and where the officer does not believe that the H&C factors outweigh these inadmissibilities, the application for permanent residence should be refused unless the officer chooses to grant an exemption on their own initiative.

[35] Although no specific request for waiver was made by the applicants, the officer nonetheless considered the question of waiver in his reasons. While his decision not to waive inadmissibility was partly based

parce qu'il était un membre de la famille qui accompagnait sa mère interdite de territoire.

[32] En conséquence, je poursuivrai mon examen de la question de la levée de l'interdiction, mais seulement en ce qui concerne la demanderesse principale et Anojan.

[33] Les demandeurs soutiennent que la décision de l'agent de ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire de lever l'interdiction de territoire était guidée par sa conviction qu'il existait deux conclusions d'interdiction de territoire, lesquelles avaient une incidence directe sur le statut des demandeurs. Ils soutiennent que si l'agent n'avait pas commis d'erreur en appliquant l'alinéa 42a) de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement, il se serait rendu compte qu'une seule conclusion d'interdiction de territoire était pertinente (celle de Ponniah). De plus, les demandeurs font valoir que si l'agent avait compris que Niransani et Anojan n'étaient ni l'un ni l'autre directement interdits de territoire, il aurait alors considéré le statut des enfants au Canada comme un facteur favorisant la levée de l'interdiction de territoire à l'égard de la demanderesse principale. En réponse à cette prétention, le défendeur soutient que les demandeurs n'ont pas demandé la levée de l'interdiction.

[34] Le chapitre IP 5 du guide opérationnel de CIC, intitulé Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire (2009-0831), souligne qu'un agent d'immigration a le pouvoir discrétionnaire de lever certaines interdictions de territoire à l'étape 2 du processus de demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire. La disposition est rédigée comme suit [à la page 24] :

Si le demandeur obtient la levée d'une interdiction de territoire, il ne doit faire l'objet d'aucune autre interdiction de territoire avant la décision définitive. Si l'agent découvre d'autres motifs d'interdiction de territoire à l'étape 2, et s'il ne croit pas que les considérations d'ordre humanitaire l'emportent sur ces interdictions de territoire, il doit refuser la demande de résidence permanente, sauf s'il choisit d'accorder une dispense de sa propre initiative.

[35] Même si les demandeurs n'ont pas expressément demandé la levée de l'interdiction, l'agent a néanmoins abordé la question dans ses motifs. Bien que sa décision de ne pas lever l'interdiction de territoire ait reposé en

on the fact that the applicants had not sufficiently established themselves in the Canadian labour market, it is clear that his decision was also based on the inadmissibility of both Ponniah and Pirinthan. This is evidenced by the following passage from the officer's reasons:

[TRANSLATION] It is my view, therefore, that the weak degree of establishment of the family in combination with the two inadmissibilities brings a significant negative weight in this case and that a request for ministerial relief from a finding of inadmissibility on grounds of an inadmissible family member could not be justified.

[36] I agree with the applicants that the officer's unreasonable application of paragraph 42(a) of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations discussed above undermines his decision not to waive inadmissibility with respect to the principal applicant. This is particularly the case with respect to his determination regarding the effect of Pirinthan's inadmissibility, since that determination was not adequately explained by the officer's reasons.

[37] Moreover, the officer was also clearly of the view that waiver was needed with respect to the entire family when, in fact, his reasons only provide adequate justification for an inadmissibility finding against the principal applicant and Anojan. In essence, instead of considering whether to waive the inadmissibility of all three applicants as a result of the inadmissibility of Ponniah and Pirinthan, the officer's reasons only support a scenario where he would have had to consider waiver in respect of the principal applicant and Anojan as a result of the inadmissibility of only Ponniah.

[38] As such, I find that the officer's application of section 42 of the IRPA and subparagraph 72(1)(e)(i) of the Regulations—which lacked justification, transparency and intelligibility—ultimately undermined his decision not to grant waiver.

[39] For the foregoing reasons, this application is granted and returned for reconsideration by a different immigration officer. Considering this conclusion, I do

partie sur le fait que les demandeurs ne s'étaient pas suffisamment intégrés au marché canadien du travail, il est évident que cette décision était également fondée sur l'interdiction de territoire de Ponniah et de Pirinthan. Le passage suivant des motifs de l'agent en témoigne :

Je considère donc que le faible degré d'établissement de la famille combiné aux deux interdictions de territoire amènent un poids négatif significatif dans ce dossier et que la levée de l'interdiction de territoire en raison de l'inadmissibilité familiale ne saurait être justifiée.

[36] Je suis d'accord avec les demandeurs que l'application déraisonnable par l'agent de l'alinéa 42a) de la LIPR et du sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement, dont il a été question ci-dessus, mine sa décision de ne pas lever l'interdiction de territoire à l'égard de la demanderesse principale. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne sa conclusion sur l'effet de l'interdiction de territoire de Pirinthan, puisque cette conclusion n'était pas suffisamment expliquée dans ses motifs.

[37] De plus, l'agent était clairement d'avis qu'il fallait lever l'interdiction à l'égard de toute la famille alors qu'en fait, ses motifs ne justifient adéquatement que la conclusion portant sur l'interdiction de territoire de la demanderesse principale et d'Anojan. En fait, plutôt que de porter sur la question de savoir s'il fallait lever l'interdiction de territoire qui frappait les trois demandeurs par suite de l'interdiction de territoire de Ponniah et de Pirinthan, les motifs de l'agent n'étaient que le scénario où celui-ci aurait eu à examiner la possibilité de lever l'interdiction à l'égard de la demanderesse principale et d'Anojan en raison de la seule interdiction de territoire de Ponniah.

[38] En conséquence, je conclus que la façon dont l'agent a appliqué l'article 42 de la LIPR et le sous-alinéa 72(1)e)(i) du Règlement, qui n'était pas justifiée, transparente et intelligible, entache au bout du compte sa décision de ne pas lever l'interdiction.

[39] Pour les motifs qui précèdent, la présente demande est accueillie et renvoyée pour réexamen par un autre agent d'immigration. Compte tenu de la présente

not find it necessary to discuss the applicant's proposition with respect to proposed questions for certification and I conclude that no such questions of general importance arise.

conclusion, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'analyser la proposition des demandeurs concernant les questions à certifier proposées et je conclus qu'aucune question grave de portée générale n'est soulevée.

JUDGMENT

THE COURT ORDERS that:

1. The immigration officer's decision is set aside;
2. The matter is referred back to Citizenship and Immigration Canada to be determined by a different immigration officer;
3. No question of general importance is certified.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La décision de l'agent d'immigration est annulée.
2. L'affaire est renvoyée à Citoyenneté et Immigration Canada afin qu'un autre agent d'immigration rende une nouvelle décision.
3. Aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

T-121-10
2011 FC 407

T-121-10
2011 CF 407

Excelsior Medical Corporation (*Applicant*)

Excelsior Medical Corporation (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

**INDEXED AS: EXCELSIOR MEDICAL CORPORATION v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : EXCELSIOR MEDICAL CORPORATION c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Hughes J.—Toronto, March 29 and April 4, 2011.

Cour fédérale, juge Hughes—Toronto, 29 mars et 4 avril 2011.

* Editor’s note: This judgment has been affirmed on appeal (2011 FCA 303). The reasons for judgment, handed down November 3, 2011, are published at [2013] 1 F.C.R. 81.

* Note de l’arrêviste : Cette décision a été confirmée en appel (2011 CAF 303). Voici la référence de publication des motifs du jugement prononcés le 3 novembre 2011 : [2013] 1 R.C.F. 81.

Patents — Practice — “Maintenance fees” — Judicial review of Canadian Patent Office decision that applicant’s patent dead, beyond point of reinstatement — Patent application filed in Canada, having Canadian patent agent firm of record — After patent assigned, patent application transferred to new patent agent but previous patent agent remaining patent agent of record — Since grace period for reviving patent application expired, new patent agent filing request for reinstatement of application, paying fees — While application initially reinstated, Office subsequently revoking reinstatement since fees not paid by authorized correspondent — Both patent agents notified of revocation; fees refunded to new patent agent — Whether Patent Rules, s. 6(1) inconsistent with Patent Act, s. 73(3) such that Commissioner must accept payment of maintenance fees from anyone on behalf of applicant; whether Rules, s. 6 creating positive duty only on Commissioner, no positive duty existing on applicant to tender maintenance fees only through authorized representative — When read harmoniously with Act, s. 73(3), all other relevant provisions thereof, Rules, s. 6(1) interpreted as creating orderly scheme for prosecution of applications, payment of maintenance fees through applicant or through appointed agent — Rules, s. 6(1) in harmony with Act, other relevant Patent Rules — Provisions of Act, Rules not addressing what happens when Commissioner acting upon communication when patent application alive as in present case — Once letter for reinstatement, applicable fees accepted by Commissioner during period when application alive, Office not having authority to undo situation — However, since refund paid out as requested in present case, maintenance fees no longer paid; therefore, patent application dead — Application dismissed.

Brevets — Pratique — « Taxes périodiques » — Contrôle judiciaire de la décision du Bureau des brevets du Canada, selon laquelle la demande de brevet de la demanderesse était caduque et ne pouvait plus être réactivée — Une demande de brevet avait été déposée au Canada, et un cabinet canadien d’agents de brevets était inscrit au dossier — Après que le brevet eut été cédé, la demande de brevet a été transférée au nouvel agent de brevets, mais l’agent précédent est demeuré l’agent de brevets inscrit au dossier — Étant donné que le délai de grâce pour réactiver la demande de brevet était expiré, un nouvel agent de brevets a déposé une demande de rétablissement et a acquitté les taxes applicables — Même si la demande a d’abord été rétablie, le Bureau des brevets a, par la suite, annulé ce rétablissement, étant donné que les taxes n’avaient pas été acquittées par le correspondant autorisé — Les deux agents de brevets ont été avisés de la révocation; les taxes ont été remboursées au nouvel agent de brevets — L’art. 6(1) des Règles sur les brevets est-il incompatible avec l’art. 73(3) de la Loi sur les brevets, de sorte que le commissaire doit accepter le paiement de la taxe périodique, peu importe l’identité de la personne qui offre de l’acquitter au nom de la demanderesse? L’art. 6 des Règles ne prévoit-il une obligation impérative que pour le commissaire, de sorte que la demanderesse n’est pas assujettie à l’obligation impérative de payer la taxe périodique uniquement par l’intermédiaire d’un représentant autorisé? — Lorsqu’on l’interprète de façon harmonieuse avec l’art. 73(3) de la Loi, et toutes les autres dispositions pertinentes de celle-ci, l’art. 6(1) des Règles a pour effet de créer un régime ordonné en ce qui concerne la poursuite des demandes et le paiement de la taxe périodique par l’intermédiaire du demandeur ou par l’intermédiaire de

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Patent Office that the applicant's patent was dead and beyond the point of reinstatement. In July 2001, under the *Patent Cooperation Treaty*, a company filed, outside Canada, a patent application pertaining to a medical device. Through a U.S. patent attorney firm, an application was filed in Canada in December 2002 based on the earlier application. There was a Canadian patent agent firm of record. The Canadian patent application was assigned to the applicant in 2006. In early 2007, a new Canadian patent agent was selected to continue to prosecute the Canadian patent application on behalf of the applicant but the previous patent agent remained the patent agent of record. Since the deadline for reinstatement of the Canadian application within the grace period had not yet expired (July 10, 2007), the new patent agent filed a request for reinstatement including the relevant fees with the Patent Office. The Canadian Patent Office notified the patent agent of record that the application had been reinstated but, in August 2007, it revoked that letter on the ground that the fees had not been paid by the authorized correspondent. That same day, the new patent agent was also notified of the error. In December 2007, the new patent agent requested a refund of the fees, which it received in June 2008. In December 2009, the new patent agent requested that it be made associate patent agent of record. However, the Canadian Patent Office declined the request, stating that the patent application in question was dead beyond the point of reinstatement.

The main issues were whether subsection 6(1) of the *Patent Rules* is inconsistent with subsection 73(3) of the *Patent Act* such that the Commissioner must accept payment of maintenance fees from anyone purporting to tender them on behalf of the applicant and whether section 6 of the Rules creates a

l'agent de brevets désigné — L'art. 6(1) des Règles s'applique de façon harmonieuse avec la Loi et les autres dispositions applicables des Règles sur les brevets — Rien, dans les dispositions de la Loi ou les Règles ne précise ce qui arrive lorsque le commissaire reçoit une communication et y donne suite, advenant qu'une demande de brevet est toujours active, comme dans le cas présent — Une fois que la demande de rétablissement et le règlement de la taxe applicable ont été acceptés par le commissaire au cours de la période où la demande est active, le Bureau des brevets n'a pas le pouvoir de changer la situation — Cependant, étant donné que le remboursement a été effectué tel que demandé, dans le cas présent, la taxe périodique n'a pas été payée; par conséquent, la demande de brevet est caduque — Demande rejetée.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Bureau des brevets du Canada, selon laquelle la demande de brevet de la demanderesse était caduque et ne pouvait plus être réactivée. En juillet 2001, une société a déposé une demande de brevet à l'extérieur du Canada, en vertu du *Traité de coopération en matière de brevets*. La demande concernait un instrument médical. Par l'entremise d'un cabinet d'avocats américains spécialisés en brevets, une demande a été déposée au Canada en décembre 2002, sur le fondement de la demande antérieure. Un cabinet canadien d'agents de brevets était inscrit au dossier. La demande de brevet canadien a été cédée à la demanderesse en 2006. Au début de 2007, un autre cabinet canadien d'agents de brevets a été choisi pour continuer la présentation de la demande de brevet canadien pour le compte de la demanderesse, mais le premier agent est demeuré l'agent de brevets inscrit au dossier. Étant donné que la date limite pour réactiver la demande canadienne avant l'expiration du délai de grâce n'était pas dépassée (le 10 juillet 2007), le nouvel agent de brevets a sollicité, auprès du Bureau des brevets, le rétablissement de la demande et a acquitté la taxe applicable. Le Bureau des brevets du Canada a avisé l'agent des brevets inscrit au dossier que la demande avait été rétablie, mais, en août 2007, il a révoqué cette lettre, sur le fondement que la taxe n'avait pas été acquittée par le correspondant autorisé. Le même jour, le nouvel agent de brevets a également été avisé de cette erreur. En décembre 2007, le nouvel agent de brevets a demandé un remboursement de la taxe, qu'il a reçu en juin 2008. En décembre 2009, le nouvel agent de brevets a demandé à être désigné comme coagent de brevets inscrit au dossier. Cependant, le Bureau des brevets du Canada a rejeté la demande, en déclarant que la demande de brevet en question était caduque et ne pouvait plus être réactivée.

Les questions principales étaient les suivantes : Le paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets* est-il incompatible avec le paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets*, de sorte que le commissaire doit accepter le paiement de la taxe périodique, peu importe l'identité de la personne qui offre de

positive duty only on the Commissioner and no positive duty exists on an applicant to tender maintenance fees only through an authorized representative.

Held, the application should be dismissed.

Given subsection 12(2) of the *Patent Act* regarding the effect of rules made, the Act and the Rules must be interpreted as working together harmoniously, and ambiguities are to be resolved on that basis. It is only where there is a clear contradiction that the Act must prevail. Subsection 6(1) of the Rules provides that the Commissioner shall only have regard to communications, including those respecting maintenance, from an “authorized correspondent”. The applicant argued that since the provisions of subsection 73(3) of the Act clearly provide that the applicant can seek reinstatement of an application by paying the appropriate fee, then the applicant or any agent can do so. It added that the restriction of subsection 6(1) of the Rules that the Commissioner can only have regard to communications from an authorized correspondent cannot apply since it conflicts with subsection 73(3) of the Act. Despite this argument, when read harmoniously with subsection 73(3) of the Act and all the other relevant provisions of the Act and the Rules, subsection 6(1) of the Rules can be interpreted as creating an orderly scheme for the prosecution of applications and payment of maintenance fees through the applicant or, where a patent agent has been appointed, through that agent. While the Rules currently provide for a generous grace period to seek reinstatement, they do not provide the Office or the Court a discretion to bend the Rules.

Subsection 6(1) of the Rules is in harmony with the Act and the other relevant patent rules. The Office may safely ignore communications regarding an application or maintenance fees, which do not come from an authorized representative. However, nothing in section 6 or elsewhere in the Rules or the Act addresses what happens when the Commissioner, notwithstanding subsection 6(1), receives and acts upon a communication as was done in the present case when the application was alive, not dead. The payment of a maintenance fee is a simple clerical function. Where that function has been performed within the relevant time periods, there is no provision to “un-perform” that function. In the present case, the letter tendering the maintenance fees (July 9, 2007) was very specific as to the patent application in question and as to the fees to be paid. Once that letter and fees had been received and accepted by the Commissioner during the period where the application was alive, that was the end of the

l’acquitter au nom de la demanderesse? Et l’article 6 des Règles ne prévoit-il une obligation impérative que pour le commissaire, de sorte que la demanderesse n’est pas assujettie à l’obligation impérative de payer la taxe périodique uniquement par l’intermédiaire d’un représentant autorisé?

Jugement : la demande doit être rejetée.

Compte tenu du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets* concernant les conséquences des règles prises, la Loi et les Règles doivent être interprétées comme fonctionnant comme un tout harmonieux, et les ambiguïtés doivent être résolues en partant de ce principe. Ce n’est qu’en cas de nette contradiction que la Loi doit l’emporter. Le paragraphe 6(1) des Règles dit que le commissaire tient compte uniquement des communications, y compris celles qui sont relatives au maintien de la demande et qui proviennent du « correspondant autorisé ». La demanderesse a fait valoir qu’étant donné que les dispositions du paragraphe 73(3) de la Loi prévoient clairement que le demandeur peut solliciter le rétablissement de la demande en acquittant la taxe applicable, le demandeur ou tout agent peut le faire. Elle a ajouté que la restriction prévue au paragraphe 6(1) des Règles, qui précise que le commissaire ne tient compte que des communications reçues d’un correspondant autorisé, ne peut s’appliquer, puisqu’elle entre en conflit avec le paragraphe 73(3) de la Loi. En dépit de cet argument, lorsqu’on l’interprète de façon harmonieuse avec le paragraphe 73(3) de la Loi et avec les autres dispositions applicables de la Loi et des Règles, le paragraphe 6(1) des Règles a pour effet de créer un régime ordonné en ce qui concerne la poursuite des demandes et le paiement de la taxe périodique par l’intermédiaire du demandeur ou, lorsqu’un agent de brevets a été désigné, par l’intermédiaire de cet agent. Bien que les Règles prévoient un délai de grâce généreux pour demander le rétablissement, elles n’accordent pas au Bureau ou à la Cour le pouvoir discrétionnaire de les contourner.

Le paragraphe 6(1) des Règles s’applique de façon harmonieuse avec la Loi et les autres règles sur les brevets applicables. Le Bureau peut sans crainte ignorer les communications relatives à la demande ou à la taxe périodique qui ne proviennent pas d’un représentant autorisé. Cependant, il n’y a rien, à l’article 6 des Règles ou ailleurs dans les Règles ou la Loi, qui précise ce qui arrive lorsque, malgré le paragraphe 6(1), le commissaire reçoit une communication et y donne suite, ainsi qu’il l’a fait en l’espèce, pendant que la demande était toujours valide, et non après qu’elle fut devenue caduque. Le paiement de la taxe visant à maintenir la demande en état n’est qu’une simple formalité administrative. Il n’existe pas de disposition qui permette de « défaire » cette formalité, une fois qu’elle a été accomplie dans le délai prescrit. En l’espèce, la lettre envoyée pour le paiement de la taxe périodique (en date du 9 juillet 2007) précisait clairement de quelle demande de brevet et de quelle taxe il s’agissait. La

matter. The Office had no authority to undo the situation. However, in the August 2007 letter from the Patent Office to the new patent agent that had paid the maintenance fees, the Office offered a refund upon request. A refund was requested in December 2007 and paid in June 2008. Therefore, there were no maintenance fees paid effective June 2008 and the patent application was truly dead when the refund was given. Had a timely dispute been raised in or about August 2007, when the Commissioner sent the letter revoking the reinstatement, the situation would have been different.

réception et l'acceptation de la lettre et de la taxe par le commissaire avant que la demande ne devienne caduque avaient clos le débat. Le Bureau n'avait pas le pouvoir de changer la situation. Cependant, dans sa lettre d'août 2007 adressée au nouvel agent de brevets qui avait acquitté la taxe de maintien en état, le Bureau des brevets a offert un remboursement sur demande, dont l'agent s'est prévalu en décembre 2007. Le remboursement a été effectué en juin 2008. Aucune taxe périodique n'avait donc été payée en date de juin 2008. La demande de brevet était véritablement caduque au moment où le remboursement a eu lieu. Si le différend avait été soulevé en temps utile en août 2007 ou vers cette date, lorsque le commissaire a envoyé la lettre dans laquelle il révoquait le rétablissement, la situation aurait été différente.

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), 20(2) (as am. *idem*, s. 29).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), Tariff B, column III.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 “legal representatives”, 12(2), 27(1) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), (2) (as am. *idem*), 29(1) (as am. *idem*, s. 34), (2), 50(1), 73(3) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52).
Patent Rules, SOR/96-423, ss. 2 “authorized correspondent”, 6(1), 20(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.

CASES CITED

APPLIED:

F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents), 2003 FC 1381, [2004] 2 F.C.R. 405, 9 Admin. L.R. (4th) 106, 242 F.T.R. 64, affd 2005 FCA 399, 44 Admin. L.R. (4th) 1, 45 C.P.R. (4th) 1, 433 N.R. 202; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, 253 D.L.R. (4th) 1, 39 C.P.R. (4th) 449.

DISTINGUISHED:

Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents), 1999 CanLII 8363, 1 C.P.R. (4th) 200, 171 F.T.R. 100 (F.C.T.D.),

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), 20(2) (mod., *idem*, art. 29).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), tarif B, colonne III.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « représentants légaux », 12(2), 27(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), (2) (mod., *idem*), 29(1) (mod., *idem*, art. 34), (2), 50(1), 73(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52).
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 2 « correspondant autorisé », 6(1), 20(1).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets), 2003 CF 1381, [2004] 2 R.C.F. 405, conf. par 2005 CAF 399; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), 1999 CanLII 8363 (C.F. 1^{re} inst.), inf. par 2000 CanLII 16501

revd 2000 CanLII 16501, 9 C.P.R. (4th) 13, 269 N.R. 373 (F.C.A.); *Actelion Pharmaceuticals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 90, 64 C.P.R. (4th) 381, 374 N.R. 192.

CONSIDERED:

M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), 2010 FC 441, 367 F.T.R. 133, 83 C.P.R. (4th) 423, affd 2011 FCA 112, 91 C.P.R. (4th) 436, 419 N.R. 286; *Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289, 414 N.R. 381; *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80, (1994), 110 D.L.R. (4th) 449, 18 Admin. L.R. (2d) 1.

REFERRED TO:

DBC Marine Safety Systems Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents), 2007 FC 1142, [2008] 2 F.C.R. 563, 62 C.P.R. (4th) 279, 319 F.T.R. 170; *Sarnoff Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 712, [2009] 2 F.C.R. 3, 294 D.L.R. (4th) 119, 66 C.P.R. (4th) 167.

AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Patent Office that the applicant's patent was dead and beyond the point of reinstatement. Application dismissed.

APPEARANCES

Kevin Sartorio for applicant.
Jacqueline Dais-Visca and *Abigail Browne* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

(C.A.F.); *Actelion Pharmaceuticals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 90.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2010 CF 441, conf. par 2011 CAF 112; *Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 55; *Commission hydro-électrique de Kenora (ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80.

DÉCISIONS CITÉES :

DBC Marine Safety Systems Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets), 2007 CF 1142, [2008] 2 R.C.F. 563; *Sarnoff Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 712, [2009] 2 R.C.F. 3.

DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le Bureau des brevets du Canada, selon laquelle la demande de brevet de la demanderesse était caduque et ne pouvait plus être réactivée. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Kevin Sartorio pour la demanderesse.
Jacqueline Dais-Visca et *Abigail Browne* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour la demanderesse.
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] HUGHES J.: This application deals with the payment of maintenance fees in respect of a pending Canadian patent application and, more particularly, with whether those fees were paid by the proper person and accepted by the Patent Office, and the effect of that acceptance. The Patent Office ultimately took the position that the application was “dead”. The applicant herein, the person applying for the patent, seeks a declaration that the application is not dead, and should continue to be processed by the Patent Office.

[2] For the reasons that follow, I find that the application is dismissed with costs.

[3] The facts before the Court have been set out in the affidavit of Bill Anderson, vice-president of the applicant Excelsior Medical Corporation, accompanied by several exhibits and in the affidavit of J. Scott Vasudev, employed in the Canadian Patent Office as Chief, Patent Administrative Policy, Classification and International Affairs Division, which is also accompanied by several exhibits. There was no cross-examination upon either affidavit.

[4] The following facts, as determined from this evidence, are relevant to the issue before the Court:

1. A company known as Vasca, Inc. filed a patent application outside Canada under the provisions of the international *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT) on July 9, 2001. The application pertains to a medical device.

2. Under the provisions of the PCT, patent applications could subsequently be filed in any one or more of the member countries, such as Canada, within a stipulated time period and be afforded the filing date of the original application, July 9, 2001. This is termed as entering the national phase.

3. Vasca engaged a United States patent attorney firm (Everest) to supervise the filing of national phase patent

[1] LE JUGE HUGHES : La présente demande porte sur le paiement d’une taxe périodique relativement à une demande de brevet canadien en instance et, plus particulièrement, sur la question de savoir si la taxe en question a été acquittée par la bonne personne et acceptée à juste titre par le Bureau des brevets ainsi que sur les conséquences de cette acceptation. Le Bureau des brevets a finalement considéré que la demande était « caduque ». La demanderesse à l’instance, qui est la personne qui demande le brevet, sollicite un jugement déclarant que la demande n’est pas caduque et que le Bureau des brevets devrait en poursuivre l’examen.

[2] Pour les motifs qui suivent, j’estime que la demande doit être rejetée avec dépens.

[3] Les faits qui ont été relatés à la Cour sont exposés dans l’affidavit souscrit par Bill Anderson, vice-président de la demanderesse Excelsior Medical Corporation, auquel affidavit sont jointes plusieurs pièces, ainsi que dans l’affidavit souscrit par J. Scott Vasudev, chef de la Division de la classification des affaires internationales et de la politique administrative au Bureau des brevets du Canada, auquel plusieurs pièces ont également été jointes. Ni l’un ni l’autre n’a été contre-interrogé au sujet de son affidavit.

[4] Les faits suivants, relatés dans ces affidavits, sont pertinents pour trancher la question soumise à la Cour :

1. Le 9 juillet 2001, une société connue sous le nom de Vasca, Inc. a déposé une demande de brevet à l’extérieur du Canada en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (le Traité). La demande concernait un instrument médical.

2. Aux termes des dispositions du Traité, une demande de brevet pouvait par la suite être déposée dans un ou plusieurs des pays membres, dont le Canada, dans un délai prescrit, et la demande recevait alors comme date de dépôt officielle la date du dépôt original, en l’occurrence le 9 juillet 2001. C’est ce qu’on appelle l’entrée dans la phase nationale.

3. Vasca a engagé un cabinet d’avocats américains spécialisés en brevets (Everest) pour superviser le dépôt

applications through patent agents in various countries in which Vasca wished to receive patents. Several countries were selected, including Canada.

4. An application (entering the national phase) was filed in Canada on December 2, 2002, based on the earlier PCT application. The Canadian application was given number 2414481. At that time, the Canadian patent agent firm of record was Fetherstonhaugh & Co. That firm was being instructed by Everest.

5. On or about September 13, 2006, the Canadian patent application, together with related patents and patent applications in other countries, were assigned by Vasca to the applicant Excelsior.

6. The Canadian *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 and *Patent Rules*, SOR/96-423, require that periodic maintenance fees shall be paid in order that patent applications and patents shall remain alive. A grace period is provided in the event that the time for paying such a fee is missed.

7. At about the time of the assignment of the patent applications and patents from Vasca to Excelsior the deadline for payment in respect of the payment of maintenance fees for the Canadian application had been missed. However, the application could be revived within the grace period.

8. A different firm of Canadian patent agents, Oyen Wiggs, was selected to continue to prosecute the Canadian patent application on behalf of Excelsior. Instructions were given to Fetherstonhaugh & Co., by Everest, to transfer the file to Oyen Wiggs. That transfer took place some time after March 6, 2007.

9. The deadline for reinstatement of the Canadian application within the grace period, by requesting reinstatement and paying the relevant fees, was July 10, 2007.

des demandes de brevets à la phase nationale par l'intermédiaire d'agents de brevets se trouvant dans les divers pays où Vasca souhaitait obtenir un brevet. Plusieurs pays ont ainsi été choisis, dont le Canada.

4. Une demande (d'entrée dans la phase nationale) a été déposée au Canada le 2 décembre 2002, sur le fondement de la demande antérieure présentée conformément au Traité. La demande canadienne s'est vu attribuer le numéro 2414481. À l'époque, le cabinet canadien d'agents de brevets inscrit au dossier était Fetherstonhaugh & Co., qui recevait ses instructions d'Everest.

5. Vers le 13 septembre 2006, Vasca a cédé à la demanderesse Excelsior la demande de brevet canadien en question ainsi que les brevets et demandes de brevets connexes dans d'autres pays.

6. La *Loi sur les brevets* du Canada, L.R.C. (1985), ch. P-4, et les *Règles sur les brevets*, DORS/96-423, exigent le paiement d'une taxe périodique pour assurer le maintien en vigueur des demandes de brevet et des brevets. Un délai de grâce est prévu pour le cas où le paiement de la taxe n'est pas effectué dans le délai prescrit.

7. Au moment de la cession des demandes de brevets et des brevets effectuée par Vasca en faveur d'Excelsior, le délai prévu pour le paiement de la taxe périodique se rapportant à la demande canadienne était déjà expiré. Il était toutefois possible de réactiver la demande avant l'expiration du délai de grâce.

8. Un autre cabinet canadien d'agents de brevets, Oyen Wiggs, a été choisi pour continuer la présentation de la demande de brevet canadien pour le compte d'Excelsior. Everest a donné pour instructions à Fetherstonhaugh & Co. de transférer le dossier à Oyen Wiggs. Ce transfert a eu lieu après le 6 mars 2007.

9. La date limite pour réactiver la demande canadienne avant l'expiration du délai de grâce, en sollicitant le rétablissement de la demande et en acquittant la taxe applicable, était le 10 juillet 2007.

10. On July 9, 2007, Oyen Wiggs filed a letter with the Canadian Patent Office, requesting reinstatement and paying the relevant fees. At that time, only Fetherstonhaugh & Co., and not Oyen Wiggs, was the patent agent of record. The copy of this letter found in the Patent Office file bears a stamp stating: “Rétablissement approuvé par : Reinstatement Approved by:” with a signature and dated July 19, 2007.

11. On August 8, 2007, the Canadian Patent Office sent a notice of reinstatement to Fetherstonhaugh & Co. advising that the prescribed fee had been received and that “[t]he application has been reinstated”. This notice indicates the owner as being Vasca.

12. On August 22, 2007, the Canadian Patent Office sent a letter to Fetherstonhaugh & Co. stating:

Please disregard the Acknowledgement of reinstatement mailed to you on August 8, 2007.

The maintenance fee and reinstatement fee should not have been accepted because the payor was not the authorized correspondent.

We apologize for any inconvenience which this error may have caused.

13. On the same day, August 22, 2007, a similar letter was sent by the Canadian Patent Office to Oyen Wiggs. It stated:

Reference is made to your letter dated July 9, 2007 regarding a maintenance and reinstatement fee payment.

When an application is pending, the fee to maintain that application may only be paid by the authorized correspondent in regard to that particular application. Please refer to the provisions of subsection 6(1) of the Patent Rules.

In accordance with section 4 of the Patent Rules, a refund in the amount of \$600.00, will be issued upon request.

10. Le 9 juillet 2007, Oyen Wiggs a écrit au Bureau des brevets du Canada pour solliciter le rétablissement de la demande et acquitter la taxe applicable. À l’époque, l’unique agent des brevets inscrit au dossier était le cabinet Fetherstonhaugh & Co., Oyen Wiggs ne l’étant pas. La copie de cette lettre que l’on trouve dans le dossier du Bureau des brevets est revêtue d’une estampille portant ce qui suit : « Rétablissement approuvé par : Reinstatement Approved by: » avec une signature et la date du 19 juillet 2007.

11. Le 8 août 2007, le Bureau des brevets du Canada a envoyé à Fetherstonhaugh & Co. un avis de rétablissement l’informant que la taxe prescrite avait été reçue et que la demande avait été rétablie. Suivant cet avis, le propriétaire était Vasca.

12. Le 22 août 2007, le Bureau des brevets du Canada a adressé à Fetherstonhaugh & Co. une lettre dans laquelle il était écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Veuillez ne pas tenir compte de la confirmation de rétablissement qui vous a été envoyée par la poste le 8 août 2007.

La taxe périodique et la taxe de rétablissement n’auraient pas dû être acceptées parce que la personne qui les a payées n’était pas le correspondant autorisé.

Nous vous présentons nos excuses pour tout inconfort que cette erreur a pu vous causer.

13. Le même jour, le 22 août 2007, une lettre semblable a été adressée à Oyen Wiggs par le Bureau des brevets du Canada. Elle portait :

[TRADUCTION] La présente fait suite à votre lettre en date du 9 juillet 2007 concernant le paiement de la taxe périodique et de la taxe de rétablissement.

Lorsqu’une demande est en instance, la taxe qui doit être payée pour maintenir cette demande en état ne peut être acquittée que par le correspondant autorisé pour cette demande précise. Veuillez vous reporter aux dispositions du paragraphe 6(1) des Règles sur les brevets.

Conformément à l’article 4 des Règles sur les brevets, un remboursement de 600 \$ vous sera accordé sur demande.

14. The affidavit of Vasudev, the employee of the Canadian Patent Office, explains the above correspondence by stating that the procedures in place in that Office provide for certain scanning and bar coding of correspondence received without substantive verification. Only later is the correspondence substantively reviewed. Certain reply correspondence is generated automatically by the Office even before a substantive review. This appears to be what happened in this case; the letter of August 8, 2007 was generated automatically. The subsequent letters of August 22, 2007 were sent after a substantive review.

15. By letter dated December 10, 2007, Oyen Wiggs referred to the Patent Office's letter to them of August 22, 2007, stating that the application had been designated as "dead" and requested a refund of the fees paid.

16. By letter dated June 18, 2008, the Canadian Patent Office refunded the fees to Oyen Wiggs.

17. On December 23, 2009, Oyen Wiggs filed a letter with the Canadian Patent Office including a document appointing Oyen Wiggs as associate patent agent, requesting that they be made an associate patent agent of record in respect of the Canadian patent application at issue. No previous attempt had been made to make that firm of record as agent or associate agent. The letter stated that the document was intended "to reflect the *de facto* appointment which was in place at the time", July 9, 2007.

18. On January 28, 2010, the Canadian Patent Office sent a letter to Oyen Wiggs stating that the patent application was dead beyond the point of reinstatement. In particular, the letter stated:

The Current State of this application is Dead, and is beyond the point of reinstatement.

All further prosecution of this case is terminated. Consequently, all Office Action requests and payments have been refused and declined, including the Appointment of Agent, the Requests

14. Dans son affidavit, M. Vasudev (l'employé du Bureau des brevets du Canada) explique les lettres susmentionnées en affirmant que la procédure suivie par le Bureau des brevets prévoit que les lettres qui sont reçues sans avoir fait l'objet d'un examen approfondi sont numérisées et font l'objet d'un codage par code à barres. Ce n'est que plus tard que les lettres en question font l'objet d'une vérification approfondie. Certaines lettres de réponse sont générées automatiquement par le Bureau avant même de faire l'objet d'un examen approfondi. Il semble que ce soit ce qui s'est produit en l'espèce : la lettre du 8 août 2007 a été générée automatiquement et les lettres subséquentes en date du 22 août 2007 ont été envoyées après un examen approfondi.

15. Dans une lettre datée du 10 décembre 2007, Oyen Wiggs mentionnait la lettre que le Bureau des brevets lui avait envoyée le 22 août 2007 et dans laquelle la demande était qualifiée de « caduque ». Oyen Wiggs a réclamé le remboursement de la taxe payée.

16. Par lettre datée du 18 juin 2008, le Bureau des brevets du Canada a remboursé la taxe payée à Oyen Wiggs.

17. Le 23 décembre 2009, Oyen Wiggs a adressé au Bureau des brevets du Canada une lettre à laquelle était joint un document désignant Oyen Wiggs comme coagent de brevets et demandant qu'il soit inscrit au dossier comme coagent de brevets relativement à la demande de brevet canadien en litige. Aucune démarche n'avait auparavant été entreprise en vue de faire inscrire au dossier ce cabinet comme agent ou comme coagent. La lettre précisait que ce document était censé [TRADUCTION] « correspondre à la désignation *de facto* qui existait déjà à cette date », soit le 9 juillet 2007.

18. Le 28 janvier 2010, le Bureau des brevets du Canada a adressé à Oyen Wiggs une lettre précisant que la demande de brevet était caduque et qu'elle ne pouvait plus être réactivée. La lettre indiquait notamment :

[TRADUCTION] La demande de brevet est caduque et elle ne peut plus être rétablie.

Le dossier est clos. En conséquence, toutes les demandes et tous les paiements présentés au Bureau ont été refusés, y compris la demande relative à la désignation de l'agent, les

for Reinstatement, the Request for Examination, and the payment of Maintenance Fees.

A refund will be initiated upon written request only

19. A similar letter was sent by the Patent Office the same day to Fetherstonhaugh & Co.

20. This present application was filed shortly after.

[5] There have been numerous cases in this Court and the Federal Court of Appeal dealing with the payment of maintenance fees. Most of those cases deal with a situation where there was no effort made to pay those fees until after the expiry of all relevant time periods, in which case the Commissioner cannot accept the fees. Other cases deal with a situation where fees were tendered within the relevant period, but the Commissioner refused to accept them because they were not tendered by a patent agent of record. Again, the Courts have found that the Commissioner's decision was correct.

[6] In the present case:

- the fees were tendered within the relevant time period;
- the firm tendering the fees was not a patent agent of record;
- the Patent Office accepted those fees and sent a notice to the patent agent of record stating that the application had been reinstated;
- the Patent Office, a few days later, sent a further letter to the patent agent of record stating that the earlier letter should be disregarded;
- that same day, the Patent Office sent a letter to the firm tendering payment offering to refund the fees;

demandes de rétablissement, la demande d'examen et le paiement de la taxe périodique.

Un remboursement vous sera accordé sur demande écrite seulement.

19. Le même jour, le Bureau des brevets a envoyé une lettre semblable à Fetherstonhaugh & Co.

20. La présente demande a été déposée peu de temps après.

[5] Il existe de nombreuses affaires dans lesquelles notre Cour et la Cour d'appel fédérale se sont penchées sur la question du paiement de la taxe périodique. Dans la plupart de ces affaires, aucun effort n'avait été fait pour payer cette taxe avant l'expiration de tous les délais applicables, ce qui empêchait le commissaire d'accepter le paiement de la taxe. Dans d'autres affaires, le paiement de la taxe avait été offert avant l'expiration du délai applicable, mais le commissaire avait refusé le paiement de la taxe parce qu'il n'avait pas été offert par l'agent de brevets inscrit au dossier. Là encore, les tribunaux ont jugé bien fondée la décision du commissaire.

[6] Dans le cas qui nous occupe :

- Le paiement de la taxe a été offert avant l'expiration du délai applicable;
- Le cabinet qui offrait de payer la taxe n'était pas l'agent de brevets inscrit au dossier;
- Le Bureau des brevets a accepté le paiement de cette taxe et a envoyé un avis à l'agent de brevets inscrit au dossier pour l'informer que la demande avait été rétablie;
- Le Bureau des brevets a, quelques jours plus tard, envoyé une autre lettre à l'agent de brevets inscrit au dossier pour lui dire de ne pas tenir compte de la lettre précédente;
- Le même jour, le Bureau des brevets a envoyé une lettre au cabinet qui avait payé la taxe pour lui offrir de la lui rembourser;

- several months later, the firm tendering the fees requested a refund. The fees were refunded;
 - about two years later, the tendering firm submitted to the Patent Office an appointment of associate agent, the covering letter stating that it was intended to reflect a *de facto* arrangement in place at the time the fees were originally tendered;
 - the Patent Office sent a letter to the firm and the patent agent of record stating that the application could not be reinstated. This is the subject of this judicial review.
- Plusieurs mois plus tard, le cabinet qui avait payé la taxe a demandé un remboursement, et la taxe lui a été remboursée;
 - Environ deux ans plus tard, le cabinet qui avait payé la taxe a proposé au Bureau des brevets la désignation d'un coagent. La lettre d'accompagnement précisait que cette mesure était censée correspondre à la désignation *de facto* qui existait déjà à la date à laquelle la taxe avait été initialement payée;
 - Le Bureau des brevets a adressé une lettre au cabinet et à l'agent de brevets inscrit au dossier pour les informer que la demande ne pouvait être rétablie. C'est la décision qui fait l'objet du présent contrôle judiciaire.

[7] The evidence from the applicant's side consists of the affidavit of a vice-president of the applicant stating, particularly at paragraphs 22 to 25, that it was always the applicant's intent to pursue its patent rights, that it instructed others for that purpose, and it was only in late 2009 that the applicant was made aware that something was amiss. There was no cross-examination.

[7] La preuve qui a été présentée pour le compte de la demanderesse consiste en l'affidavit souscrit par un de ses vice-présidents qui déclare, en particulier aux paragraphes 22 à 25, que la demanderesse avait toujours eu l'intention de faire valoir ses droits de breveté, qu'elle avait donné des instructions à d'autres personnes en ce sens et que ce n'était qu'à la fin de 2009 qu'elle avait été mise au courant qu'il manquait quelque chose. Il n'y a pas eu de contre-interrogatoire au sujet de cet affidavit.

[8] What the Court does not have is any evidence from the United States patent attorney or the Canadian patent agent firm of record or the firm that tendered the fees and subsequently sought reimbursement, as to what happened from their point of view, or why they took the actions they did, or did not take other actions. One can speculate, but I will not do so. In sum, what the Court does not have is any evidence of detrimental reliance by any of them on the letter sent from the Patent Office, and subsequently revoked, that the application had been reinstated.

[8] La Cour ne dispose d'aucun élément de preuve provenant de l'avocat américain spécialisé en brevets, du cabinet canadien d'agents de brevets inscrit au dossier ou du cabinet qui a payé la taxe et a par la suite demandé un remboursement au sujet de ce qui s'est passé de leur point de vue, ou sur la raison pour laquelle ils ont pris les mesures qu'ils ont prises ou n'en ont pas pris d'autres. On peut spéculer, mais je refuse de le faire. En somme, ce qui manque à la Cour ce sont des éléments de preuve démontrant que l'un ou l'autre d'entre eux s'est fié, à son détriment, à la lettre du Bureau des brevets (que le Bureau a par la suite révoquée) confirmant le rétablissement de la demande.

[9] The respondent filed the affidavit of a Patent Office employee, Vadusev, upon which there was no cross-examination. That affidavit says, in effect, that at the time period in question, the Patent Office gave only cursory examination of correspondence paying maintenance fees. A subsequent substantive examination would

[9] Le défendeur a déposé l'affidavit souscrit par un employé du Bureau des brevets, M. Vadusev, qui n'a pas été contre-interrogé à cet égard. M. Vadusev y déclare, en fait, qu'à l'époque, le Bureau des brevets n'examinait que superficiellement la correspondance relative au paiement de la taxe périodique. Un examen plus approfondi

reveal errors. This practice is regrettable, and seems to have led to, first, the letter advising as to the reinstatement, and then to the subsequent letter withdrawing the first letter.

[10] The applicant seeks to have this Court declare that the second letter revoking the first is a nullity, and that the application is in good standing or, in the alternative, quashing the second letter and directing that the Patent Office continue the prosecution of the application.

[11] The respondent objected to the jurisdiction of the Court to deal with such a request on the basis that, if the second letter (the “revocation” letter) is a nullity as the applicant argues, then there is nothing upon which the Court may make a judicial review. I reject that argument. It presupposes the result. The Court is asked by the applicant to make a declaration and, in the alternative to grant, in effect, *certiorari* and *mandamus*. I repeat what O’Reilly J. wrote in *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2003 FC 1381, [2004] 2 F.C.R. 405 (affd 2005 FCA 399, 44 Admin. L.R. (4th) 1), at paragraphs 19 and 20:

I believe this issue was decided in the case of *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)* (1999), 1 C.P.R. (4th) 200 (F.C.T.D.), overturned on other grounds: (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (F.C.A.). The Court held that judicial review was available in respect of declarations, set out in letters from the Commissioner of Patents to a patent holder, that a particular patent was valid. Judicial review is available in respect of any “decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal”: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27]; *Markevich v. Canada*, [1999] 3 F.C. 28 (T.D.). To my mind, this language is broad enough to encompass the Commissioner’s notice to Hoffmann-La Roche that its patent had lapsed.

That is not to say, however, that the Commissioner made a formal decision that would necessarily attract the requirements of procedural fairness or other incidents of administrative decision making. This will be discussed further below. For

ultérieur révélerait l’existence d’erreurs. Cette pratique est regrettable et il semble qu’elle ait donné lieu à l’envoi, en premier lieu, de la lettre confirmant que la demande était rétablie, puis à une lettre ultérieure annulant la première.

[10] La demanderesse cherche à obtenir de la Cour un jugement déclarant que la seconde lettre révoquant la première est entachée de nullité et que la demande est toujours valable, ou, à titre subsidiaire, annulant la seconde lettre et enjoignant au Bureau des brevets de poursuivre l’examen de la demande.

[11] Le défendeur conteste le pouvoir de la Cour de statuer sur une telle demande au motif que, si la seconde lettre (la lettre de « révocation ») est entachée de nullité, comme la demanderesse le prétend, le contrôle judiciaire auquel la Cour pourrait procéder n’a plus d’objet. Je rejette cet argument. Il préjuge du résultat. La demanderesse souhaite que la Cour rende un jugement déclaratoire et, à titre subsidiaire, qu’elle accorde en fait un bref de *certiorari* et un bref de *mandamus*. Je reprends les propos qu’a tenus le juge O’Reilly dans la décision *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2003 CF 1381, [2004] 2 R.C.F. 405 (conf. par 2005 CAF 399), aux paragraphes 19 et 20 :

J’estime que cette question a été tranchée dans la décision *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, (1999), 1 C.P.R. (4th) 200 (C.F. 1^{re} inst.), infirmée pour d’autres motifs par : (2000), 9 C.P.R. (4th) 13 (C.A.F.). La Cour a statué que le contrôle judiciaire était ouvert à l’égard de déclarations présentées dans des lettres du commissaire aux brevets à un titulaire de brevet, faisant état de la validité d’un brevet particulier. Peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire toute « décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral » : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27]; *Markevich c. Canada*, [1999] 3 C.F. 28 (1^{re} inst.). À mes yeux, cette formulation a une portée suffisamment large pour s’appliquer à l’avis donné par le commissaire à Hoffmann-La Roche au sujet de l’expiration de son brevet.

Cela n’implique toutefois pas que le commissaire a rendu une décision formelle qui appellerait nécessairement les conditions de l’équité procédurale ou d’autres attributs de la prise de décision administrative. Ce point sera examiné de

present purposes, I need only find that judicial review is available here. In my view, that threshold has been met.

[12] The applicant raised four matters for consideration in oral argument at the hearing:

1. Is subsection 6 (1) of the *Patent Rules* inconsistent with subsection 73(3) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 52] of the *Patent Act* such that the Commissioner must accept payment of maintenance fees from anyone purporting to tender them on behalf of the applicant?

2. Does section 6 [of the Rules] create a positive duty only on the Commissioner and no positive duty exists on an applicant to tender maintenance fees only through an authorized representative?

3. Will the Court grant relief as a matter of equity?

[13] A fourth point was raised, but not pursued without conceding that it could not be raised on appeal; namely, that the December 2009 filing of an associate agent appointment should have been accepted by the Commissioner with retroactive effect. This point was not clearly raised in the applicant's written memorandum and not actively pursued at the hearing. I will not give further attention to this matter.

ISSUE No. 1 Is subsection 6 (1) of the *Patent Rules* inconsistent with subsection 73(3) of the *Patent Act* such that the Commissioner must accept payment of maintenance fees from anyone purporting to tender them on behalf of the applicant?

[14] This issue requires an examination of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 and the *Patent Rules*, SOR/96-423. The patent application at issue was filed with an effective date of July 9, 2001; thus, the provisions of the post-October 1, 1989 *Patent Act* apply. The *Patent Act* contains an unusual provision in subsection 12(2):

façon plus approfondie ci-dessous. Pour la présente question, je dois seulement décider si le contrôle judiciaire est ouvert en l'espèce. Je suis d'avis qu'il est satisfait au critère.

[12] En plaidoirie, la demanderesse a soulevé quatre questions à examiner :

1. Le paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets* est-il incompatible avec le paragraphe 73(3) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 52] de la *Loi sur les brevets*, de sorte que le commissaire doit accepter le paiement de la taxe périodique, peu importe l'identité de la personne qui offre de l'acquitter au nom de la demanderesse?

2. L'article 6 des Règles ne prévoit-il une obligation impérative que pour le commissaire, de sorte que la demanderesse n'est pas assujettie à l'obligation impérative de payer la taxe périodique uniquement par l'intermédiaire d'un représentant autorisé?

3. La Cour doit-elle accorder une réparation en equity?

[13] Un quatrième point a été soulevé, mais aucune suite n'y a été donnée sans qu'il ne soit concédé qu'il ne pouvait être soulevé en appel, à savoir que le commissaire aurait dû accepter avec effet rétroactif la désignation du coagent proposée en décembre 2009. Ce point n'a pas été clairement soulevé dans le mémoire écrit de la demanderesse et il n'a pas été défendu activement à l'audience. Je ne vais donc pas m'y attarder davantage.

QUESTION N° 1 Le paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets* est-il incompatible avec le paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets*, de sorte que le commissaire doit accepter le paiement de la taxe périodique, peu importe l'identité de la personne qui offre de l'acquitter au nom de la demanderesse?

[14] Pour répondre à cette question, il faut examiner la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et les *Règles sur les brevets*, DORS/96-423. La demande de brevet en cause a été déposée le 9 juillet 2001, date à laquelle elle a pris effet; ainsi, les dispositions de la *Loi sur les brevets* qui sont entrées en vigueur le

12. ...

Effect (2) Any rule or regulation made by the Governor in Council has the same force and effect as if it had been enacted herein.

[15] There has been no jurisprudence dealing specifically with this section. The Supreme Court of Canada in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, in dealing generally with the *Patent Act* and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* [SOR/93-133] wrote that the two should be read together, but that the Regulations were constrained by the Act. Binnie J. for the majority wrote at paragraphs 37 and 38:

BMS argues that once it is established that *paclitaxel* is present in the Biolyse product, s. 5(1.1) bars the issuance of a NOC. Biolyse responds that the BMS approach is too simplistic. Biolyse invokes the modern approach to statutory interpretation, which it says is equally applicable to regulations, as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. In that case, the Ontario *Employment Standards Act* provided for termination pay and severance pay for workers where their employment was terminated by an employer. Rizzo Shoes went bankrupt. The trustee disallowed the workers' claims because their jobs had been terminated by the bankruptcy, not by the employer. The Ontario courts agreed with the trustee. This Court reversed, Iacobucci J. observing as follows:

At the heart of this conflict is an issue of statutory interpretation. Consistent with the findings of the Court of Appeal, the plain meaning of the words of the provisions here in question appears to restrict the obligation to pay termination and severance pay to those employers who have actively terminated the employment of their employees. At first blush, bankruptcy does not fit comfortably into this interpretation. However, with respect, I believe this analysis is incomplete.

... Elmer Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best encapsulates the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be

l^{er} octobre 1989 s'appliquent. La *Loi sur les brevets* contient une disposition inusitée au paragraphe 12(2) :

12. [...]

(2) Toute règle ou tout règlement pris par le gouverneur en conseil a la même force et le même effet que s'il avait été édicté aux présentes.

[15] Il n'existe pas de jurisprudence portant expressément sur cet article. Dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, la Cour suprême du Canada, qui était appelée à se prononcer de façon générale sur la *Loi sur les brevets* et sur le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [DORS/93-133], écrivait qu'il fallait rapprocher les deux textes, mais que la portée du règlement était restreinte par le texte législatif. Le juge Binnie, qui s'exprimait au nom de la majorité, a écrit aux paragraphes 37 et 38 :

BMS soutient que, dès qu'il est établi que le *paclitaxel* est présent dans le produit de Biolyse, le par. 5(1.1) interdit la délivrance d'un ADC. Biolyse répond que la position de BMS est trop simpliste. Biolyse invoque la méthode moderne d'interprétation des lois laquelle, affirme-t-elle, s'applique également aux règlements, comme l'indique l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Dans cette affaire, la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario prévoyait le versement aux employés d'indemnités de licenciement et de cessation d'emploi en cas de licenciement par l'employeur. La société Rizzo Shoes a fait faillite. Le syndic a rejeté les réclamations des employés parce que la cessation d'emploi résultait de la faillite et non de la volonté de l'employeur. Les tribunaux ontariens ont souscrit à l'opinion du syndic. Notre Cour a infirmé ces décisions et le juge Iacobucci a fait observer ce qui suit :

Une question d'interprétation législative est au centre du présent litige. Selon les conclusions de la Cour d'appel, le sens ordinaire des mots utilisés dans les dispositions en cause paraît limiter l'obligation de verser une indemnité de licenciement et une indemnité de cessation d'emploi aux employeurs qui ont effectivement licencié leurs employés. À première vue, la faillite ne semble pas cadrer très bien avec cette interprétation. Toutefois, en toute déférence, je crois que cette analyse est incomplète.

... Elmer Driedger dans son ouvrage intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983) résume le mieux la méthode que je privilégie. Il reconnaît que l'interprétation législative ne

founded on the wording of the legislation alone. At p. 87 he states:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read 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.

...

Although the Court of Appeal looked to the plain meaning of the specific provisions in question in the present case, with respect, I believe that the court did not pay sufficient attention to the scheme of the ESA, its object or the intention of the legislature; nor was the context of the words in issue appropriately recognized. I now turn to a discussion of these issues. [Emphasis added; paras. 20, 21 and 23.]

The same edition of Driedger adds that in the case of regulations, attention must be paid to the terms of the enabling statute:

It is not enough to ascertain the meaning of a regulation when read in light of its own object and the facts surrounding its making; it is also necessary to read the words conferring the power in the whole context of the authorizing statute. The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulation.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 247)

This point is significant. The scope of the regulation is constrained by its enabling legislation. Thus, one cannot simply interpret a regulation the same way one would a statutory provision. In this case, the distinction is crucial, for when viewed in that light the impugned regulation cannot take on the meaning suggested by BMS. Moreover, while the respondents' argument draws some support from the language of s. 5(1.1) isolated from its context, it overlooks a number of significant aspects of the "modern approach".

[16] An analogous situation was dealt with by Justice de Montigny in *M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2010 FC 441, 367 F.T.R. 133 (affirmed 2011 FCA 112, 91 C.P.R. (4th) 436). He discussed an earlier decision of Justice Mosley in *DBC Marine Safety Systems Ltd. v. Canada*

peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi. À la p. 87, il dit :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi 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.

...

Bien que la Cour d'appel ait examiné le sens ordinaire des dispositions en question dans le présent pourvoi, en toute déférence, je crois que la cour n'a pas accordé suffisamment d'attention à l'économie de la LNE, à son objet ni à l'intention du législateur; le contexte des mots en cause n'a pas non plus été pris en compte adéquatement. Je passe maintenant à l'analyse de ces questions. [Je souligne; par. 20, 21 et 23.]

Dans la même édition, Driedger ajoute qu'il faut porter attention, dans le cas d'un règlement, au libellé de la loi habilitante :

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de déterminer le sens d'un règlement en l'interprétant au regard de son propre objet et des circonstances dans lesquelles il a été pris; il faut aussi interpréter les termes conférant les pouvoirs dans le contexte global de la loi habilitante. L'objet de la loi transcende et régit l'objet du règlement.

(Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 247)

Ce point est important. La portée du règlement est restreinte par le texte législatif qui l'habilite. Ainsi, on ne peut simplement interpréter un règlement de la même façon que l'on interprète une disposition d'une loi. En l'espèce, la distinction est cruciale puisque, lorsqu'on l'envisage sous cet angle, la disposition réglementaire attaquée ne peut avoir le sens que BMS lui attribue. En outre, alors que l'argument des intimés prend appui dans une certaine mesure sur le libellé du par. 5(1.1) isolé de son contexte, il néglige de nombreux aspects importants de la « méthode moderne ».

[16] Le juge de Montigny s'est penché sur une situation analogue dans la décision *M-Systems Flash Disk Pioneers Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2010 CF 441 (conf. par 2011 CAF 112). Il cite une décision antérieure du juge Mosley, *DBC Marine Safety Systems Ltd. c. Canada (Commissaire aux brevets)*,

(*Commissioner of Patents*), 2007 FC 1142, [2008] 2 F.C.R. 563. Justice de Montigny wrote, at paragraphs 35 and 40:

The facts in that case were quite similar to the situation at bar. The applicant had been sent an Office Action with two requisitions, one pursuant to Rule 29 and one to Rule 30. The applicant in that case was also warned of the risk of multiple abandonments with the standard language quoted in paragraph 29 above. The applicant replied to the Rule 30 requisition within the delay, but overlooked the Rule 29 requisition. The application was deemed abandoned pursuant to section 73(1)(a) of the *Act* and the one year delay for reinstatement started running. The maintenance fee was accepted and no formal or informal notice of the deemed abandonment was communicated to the applicant. As in the present case, a notice of abandonment was prepared but never sent to the applicant. The applicant eventually filed the missing documents and unsuccessfully sought reinstatement, after the expiry of the provided deadline.

...

As for the argument that the required information could be found by the patent examiner in foreign patent databases, I find it immaterial. The Governor in Council has seen fit to impose on the applicant the obligation to provide the particulars of the prosecution of any foreign patent application for the same invention. So long as Rule 29 has been validly enacted pursuant to section 12 of the *Act* and is not incompatible with s. 73 of that same *Act*, it must be applied. It is not for this Court to second guess the policy behind that Rule.

[17] I also refer to *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, at page 272:

Statutes are paramount over regulations. The presumption of coherence applies to regulations as well as to statutes. It is presumed that regulatory provisions are meant to work together, not only with their own enabling legislation but with other Acts and other regulations as well. In so far as possible the courts seek to avoid conflict between statutory and

2007 CF 1142, [2008] 2 R.C.F. 563. Le juge de Montigny écrit, aux paragraphes 35 et 40 :

Les faits dans cette affaire s'apparentent beaucoup à ceux de la présente espèce. Un rapport du Bureau comportant deux demandes, l'une en vertu de l'article 29 et l'autre en vertu de l'article 30 des Règles, avait été expédié à la demanderesse. La demanderesse dans cette affaire avait aussi été avertie du risque d'abandons multiples au moyen du texte type précité au paragraphe 29. Elle avait répondu à la demande faite en vertu de l'article 30 des Règles dans le délai prescrit, mais avait omis de répondre à la demande faite en vertu de l'article 29 des Règles. La demande a été considérée comme abandonnée en vertu de l'alinéa 73(1)a) de la Loi, et le délai d'un an pour le rétablissement a commencé à courir. La taxe périodique a été acceptée et aucun avis officiel ou officieux n'a été communiqué à la demanderesse pour l'informer que sa demande avait été considérée comme abandonnée. Tout comme dans la présente espèce, un avis d'abandon a été préparé mais n'a jamais été envoyé à la demanderesse. Celle-ci a par la suite produit les documents manquants et demandé sans succès le rétablissement de sa demande de brevet, après l'expiration du délai imparti.

[...]

Pour ce qui est de l'argument selon lequel l'examineur de brevets aurait pu trouver les renseignements demandés dans des bases de données étrangères sur les brevets, j'estime qu'il est dénué de pertinence. Le gouverneur en conseil a estimé qu'il y avait lieu d'imposer au demandeur l'obligation de fournir les détails relatifs à toute demande de brevet à l'étranger visant la même invention. Dans la mesure où l'article 29 des Règles a été valablement adopté en vertu de l'article 12 de la Loi et n'est pas incompatible avec l'article 73 de la Loi, il doit être appliqué. Il n'appartient pas à la Cour de faire une appréciation rétrospective de la politique qui sous-tend cet article des Règles.

[17] Je me réfère également à l'ouvrage *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, à la page 272 :

[TRADUCTION]

Les lois ont priorité sur les règlements. La présomption de cohérence s'applique tant aux règlements qu'aux lois. On présume que les dispositions réglementaires sont censées fonctionner ensemble, non seulement avec leur propre loi habilitante mais également avec les autres lois et les autres règlements. Dans la mesure du possible, les tribunaux cherchent

regulatory provisions and to give effect to both. Where conflict is unavoidable, normally the statutory provision prevails.

[18] Given the foregoing and, in particular, subsection 12(2) of the *Patent Act*, the Court is required to interpret the Act and Rules as working together harmoniously.

[19] It is only where there is a clear contradiction that the Act must prevail. Ambiguities are to be resolved on the basis of a homogeneous working together of the Act and the Rules.

[20] In the present circumstances, I turn first to the *Patent Act*. Subsections 27(1) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31] and (2) [as am. *idem*] require that an application for a patent must be filed by the inventor or the inventor's legal representative:

Commissioner may grant patents

27. (1) The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor's legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

Application requirements

(2) The prescribed application fee must be paid and the application must be filed in accordance with the regulations by the inventor or the inventor's legal representative and the application must contain a petition and a specification of the invention.

[21] Section 2 defines "legal representatives" as those acquiring an interest in the title from a patentee:

Definitions

2. ...

"legal representatives"
« représentants légaux »

"legal representatives" includes heirs, executors, administrators, guardians, curators, tutors, assigns and all other persons claiming through or under applicants for patents and patentees of inventions;

à éviter les conflits entre les dispositions législatives et les dispositions réglementaires et à donner effet tant aux unes qu'aux autres. Lorsque le conflit est inévitable, normalement, c'est la disposition législative qui prévaut.

[18] Vu ce qui précède, et compte tenu notamment du paragraphe 12(2) de la *Loi sur les brevets*, la Cour est tenue d'interpréter la Loi et les Règles comme fonctionnant comme un tout harmonieux.

[19] Ce n'est qu'en cas de nette contradiction que la Loi doit l'emporter. Les ambiguïtés doivent être résolues en partant du principe que la Loi et les Règles fonctionnent comme un tout homogène.

[20] Eu égard aux circonstances de l'espèce, j'aborde en premier lieu la *Loi sur les brevets*. Les paragraphes 27(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31] et 27(2) [mod., *idem*] exigent que la demande de brevet soit déposée par l'inventeur ou son représentant légal :

27. (1) Le commissaire accorde un brevet d'invention à l'inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies.

Délivrance de brevet

(2) L'inventeur ou son représentant légal doit déposer, en la forme réglementaire, une demande accompagnée d'une pétition et du mémoire descriptif de l'invention et payer les taxes réglementaires.

Dépôt de la demande

[21] L'article 2 définit les « représentants légaux » comme étant les personnes qui tiennent leurs droits du breveté :

2. [...]

Définitions

« représentants légaux » Sont assimilés aux représentants légaux les héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs, gardiens, curateurs, tuteurs, ayants droit, ainsi que toutes autres personnes réclamant par l'intermédiaire ou à la faveur de demandeurs et de titulaires de brevets.

« représentants légaux »
"legal representatives"

[22] The inventor may assign his or her interest in a patent as set out in subsection 50(1) of the Act:

Patents to be assignable **50.** (1) Every patent issued for an invention is assignable in law, either as to the whole interest or as to any part thereof, by an instrument in writing.

[23] Where the applicant for a patent is apparently not a Canadian resident, a “representative ... person or firm” must be nominated, which person is deemed “for all purposes of this Act” to be the representative of the patentee including for service of proceedings. Subsections 29(1) [as am. *idem*, s. 34] and (2) of the *Patent Act* provide:

Non-resident applicants **29.** (1) An applicant for a patent who does not appear to reside or carry on business at a specified address in Canada shall, on the filing date of the application, appoint as a representative a person or firm residing or carrying on business at a specified address in Canada.

Nominee deemed representative (2) Subject to this section, a nominee of an applicant shall be deemed to be the representative for all purposes of this Act, including the service of any proceedings taken under it, of the applicant and of any patentee of a patent issued on his application who does not appear to reside or carry on business at a specified address in Canada, and shall be recorded as such by the Commissioner.

[24] It must be noted that such person is *the* representative *for all purposes* of the Act.

[25] Subsection 73(3) of the *Patent Act* provides for reinstatement of an application by the *applicant*:

73. ...

Reinstatement (3) An application deemed to be abandoned under this section shall be reinstated if the applicant...

[26] Turning to the *Patent Rules*, subsection 20(1) provides for an appointment of a patent agent to *prosecute* an application:

[22] L’inventeur peut céder les droits qu’il détient dans le brevet conformément au paragraphe 50(1) de la Loi :

Les brevets sont cessibles **50.** (1) Tout brevet délivré pour une invention est cessible en droit, soit pour la totalité, soit pour une partie de l’intérêt, au moyen d’un acte par écrit.

[23] Lorsque le demandeur de brevet ne semble pas résider au Canada, il doit désigner « une personne ou une maison d’affaires » qui est réputée, « pour toutes les fins de la présente loi », y compris la signification des procédures, être le représentant de ce demandeur. Les paragraphes 29(1) [mod., *idem*, art. 34] et 29(2) de la *Loi sur les brevets* disposent :

Demandeur non-résident **29.** (1) Le demandeur de brevet qui ne semble pas résider ou faire des opérations à une adresse spécifiée au Canada désigne, à la date de dépôt de sa demande, une personne ou une maison d’affaires résidant ou faisant des opérations à une adresse spécifiée au Canada pour le représenter.

Personne désignée censée représenter (2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, cette personne ou maison désignée est réputée, pour toutes les fins de la présente loi, y compris la signification des procédures prises sous son régime, le représentant de ce demandeur et de tout titulaire d’un brevet émis sur sa demande qui ne semble pas résider ou faire des opérations à une adresse spécifiée au Canada, et le commissaire l’inscrit comme tel.

[24] Il convient de noter que cette personne est le représentant du demandeur pour toutes les fins de la Loi.

[25] Le paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets* porte sur le rétablissement de la demande à l’initiative du demandeur :

73. [...]

Rétablissement (3) Elle [la demande de brevet considérée comme abandonnée] peut être rétablie si le demandeur [...]

[26] Pour ce qui est des *Règles sur les brevets*, le paragraphe 20(1) prévoit la désignation d’un agent de brevets chargé de poursuivre la demande :

20. (1) An applicant who is not an inventor shall appoint a patent agent to prosecute the application for the applicant.

[27] It is to be noted that the “patent agent” is not necessarily the “representative”, although it may be the case, and usually is, that the agent is both.

[28] Subsection 6(1) of the *Patent Rules* is critical to this case. It provides that the Commissioner shall *only* have regard to communication, including those respecting *maintenance*, from an “authorized correspondent”:

6. (1) Except as provided by the Act or these Rules, for the purpose of prosecuting or maintaining an application the Commissioner shall only communicate with, and shall only have regard to communications from, the authorized correspondent.

[29] Section 2, “authorized correspondent”, defines such a person as the applicant where no patent agent has been appointed, or the patent agent where one has been appointed:

2. ...

“authorized correspondent” means, in respect of an application,

(a) where the application was filed by the inventor, where no transfer of the inventor’s right to the patent or of the whole interest in the invention has been registered in the Patent Office and where no patent agent has been appointed

(i) the sole inventor,

(ii) one of two or more joint inventors authorized by all such inventors to act on their joint behalf, or

(iii) where there are two or more joint inventors and no inventor has been authorized in accordance with subparagraph (ii), the first inventor named in the petition or, in the case of PCT national phase applications, the first inventor named in the international application,

(b) where an associate patent agent has been appointed or is required to be appointed pursuant to section 21, the associate patent agent, or

20. (1) demandeur qui n’est pas l’inventeur nomme un agent de brevets chargé de poursuivre la demande en son nom.

[27] Il y a lieu de noter que « l’agent de brevets » n’est pas nécessairement le « représentant » du demandeur, même si la même personne peut cumuler ces deux fonctions et qu’habituellement l’agent est aussi le représentant.

[28] Le paragraphe 6(1) des *Règles sur les brevets* revêt une importance cruciale en l’espèce. Il prévoit que le commissaire tient compte uniquement des communications, y compris celles relatives au maintien de la demande, qui proviennent du « correspondant autorisé » :

6. (1) Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles, dans le cadre de la poursuite ou du maintien d’une demande, le commissaire ne communique qu’avec le correspondant autorisé en ce qui concerne cette demande et ne tient compte que des communications reçues de celui-ci à cet égard.

[29] Suivant l’article 2, le « correspondant autorisé » est le demandeur lorsqu’aucun agent de brevets n’a été désigné ou l’agent de brevets lorsqu’un agent a été désigné :

2. [...]

« correspondant autorisé » Pour une demande :

a) lorsque la demande a été déposée par l’inventeur, qu’aucune cession de son droit au brevet, de son droit sur l’invention ou de son intérêt entier dans l’invention n’a été enregistrée au Bureau des brevets et qu’aucun agent de brevets n’a été nommé :

(i) l’unique inventeur,

(ii) s’il y a deux coinventeurs ou plus, celui autorisé par ceux-ci à agir en leur nom,

(iii) s’il y a deux coinventeurs ou plus et qu’aucun de ceux-ci n’a été ainsi autorisé, le premier inventeur nommé dans la pétition ou, dans le cas des demandes PCT [du Traité] à la phase nationale, le premier inventeur nommé dans la demande internationale;

b) lorsqu’un coagent a été nommé ou doit l’être en application de l’article 21, le coagent ainsi nommé;

(c) where paragraphs (a) and (b) do not apply, a patent agent appointed pursuant to section 20;

[30] The Federal Court of Appeal has recently considered many of these provisions in *Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289. Noël J.A. for the Court wrote, at paragraphs 24, 34 and 35:

The Rules also determine who may communicate with the Commissioner. At the core of this appeal is subsection 6(1) of the Rules, which provides that the Commissioner shall only communicate with the authorized correspondent:

6. (1) Except as provided by the Act or these Rules, for the purpose of prosecuting or maintaining an application the Commissioner shall only communicate with, and shall only have regard to communications from, the authorized correspondent.

...

In the present case, the relevant provisions of the Rules could not be clearer. Subsection 6(1) directs that the Commissioner shall not have regard to communications other than those from an authorized correspondent. The wording of section 3.1, which deals with the late payment of fees, makes it clear that this prohibition extends to communications relating to all such payments as it operates “subject to subsection 6(1)”.

It follows that there is no ambiguity to be resolved in favour of the appellant. The scheme of the Act contemplates there can only be one authorized correspondent at any given point in time. If, as here, there is an authorized correspondent on record, that correspondent continues in office until its appointment is revoked and another is appointed. Only an appointment or a revocation filed with the Commissioner pursuant to section 20 of the Rules can operate a change and neither can take effect before being filed with the office of the Commissioner. [Emphasis in original.]

[31] In the case now before me, the applicant argues that, since the provisions of subsection 73(3) of the *Patent Act* clearly provide that the *applicant* can seek reinstatement of an application by paying the appropriate fee, then the applicant or *any* agent can do so. The restriction of subsection 6(1) [of the Rules] stating that the Commissioner shall *only* have regard to communications from an authorized correspondent does not apply,

c) lorsque les alinéas a) et b) ne s’appliquent pas, l’agent de brevets nommé en application de l’article 20.

[30] La Cour d’appel fédérale a récemment examiné plusieurs de ces dispositions dans l’arrêt *Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 55. Le juge Noël écrit ce qui suit pour la Cour aux paragraphes 24, 34 et 35 :

Les Règles précisent également qui peut communiquer avec le commissaire. Le paragraphe 6(1) des Règles, qui est au cœur du présent appel, prévoit que le commissaire ne communique qu’avec le correspondant autorisé :

6. (1) Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles, dans le cadre de la poursuite ou du maintien d’une demande, le commissaire ne communique qu’avec le correspondant autorisé en ce qui concerne cette demande et ne tient compte que des communications reçues de celui-ci à cet égard.

[...]

En l’espèce, les dispositions pertinentes des Règles ne pouvaient pas être plus claires. Le paragraphe 6(1) précise que le commissaire ne tient compte que des communications reçues du correspondant autorisé. Il ressort clairement du libellé de l’article 3.1, qui traite du paiement en souffrance, que cette interdiction frappe également les communications relatives à l’ensemble des paiements parce qu’elle s’applique « sous réserve du paragraphe 6(1) ».

Il n’existe donc aucune ambiguïté à résoudre en faveur de l’appelante. Sous le régime de la Loi, il ne peut y avoir qu’un seul correspondant autorisé à un moment donné. Lorsque, comme en l’espèce, il y a un correspondant autorisé inscrit au dossier, celui-ci reste en fonction jusqu’à la révocation de sa nomination et la nomination d’un autre correspondant. Seul un document de nomination ou de révocation déposé auprès du commissaire en application de l’article 20 des Règles peut entraîner un changement au dossier et aucun de ces documents ne prend effet avant qu’il ne soit déposé auprès du commissaire. [Souligné dans l’original.]

[31] Dans l’affaire dont je suis saisi, la demanderesse fait valoir que, comme les dispositions du paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets* prévoient clairement que le demandeur peut solliciter le rétablissement de la demande en acquittant la taxe applicable, le demandeur ou tout agent peut le faire. La restriction prévue au paragraphe 6(1) des Règles, qui précise que le commissaire ne tient compte que des communications

or, if seemingly applicable, cannot apply since it is in conflict with subsection 73(3) of the Act.

[32] While I have much sympathy with this argument, a matter which I canvassed in *Sarnoff Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 712, [2009] 2 F.C.R. 3, the Federal Court of Appeal in *Unicrop*, above, has described these comments as “*obiter*”. In any event, to the extent that such arguments were not raised in *Sarnoff* or *Unicrop*, I interpret subsection 6(1) [of the Rules], when read harmoniously with subsection 73(3) of the *Patent Act*, as well as the other provisions of that Act and Rules previously referred to, as creating an orderly scheme for the prosecution of applications and payment of maintenance fees through the applicant; or, where a patent agent has been appointed, through that agent. The numerous cases that have arisen where hardship has resulted largely through inadvertence, speaks to a need to reform the Rules. As they stand, the Rules provide for a generous grace period to seek reinstatement, but do not provide to the Commissioner or the Court a discretion to bend the Rules. In my view, the Rules may be one-sided in protecting only the needs of the Patent Office and not of private practitioners. This may require revision to the Rules, but not by the Court.

ISSUE No. 2 Does section 6 [of the Rules] create a positive duty only on the Commissioner and no positive duty exists on an applicant to tender maintenance fees only through an authorized representative?

[33] Subsection 6(1) [of the Rules] states that the *Commissioner* shall have regard *only* to correspondence to and from an authorized correspondent. The applicant argues that there is no obligation on the applicant or the

reçues du correspondant autorisé, ne s’applique pas ou, si elle semble s’appliquer, ne peut s’appliquer puisqu’elle entre en conflit avec le paragraphe 73(3) de la Loi.

[32] Bien que cet argument soit séduisant, ainsi que je l’ai expliqué dans la décision *Sarnoff Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 712, [2009] 2 R.C.F. 3, la Cour d’appel fédérale a, dans l’arrêt *Unicrop*, précité, qualifié ces propos de « remarque incidente ». En tout état de cause, dans la mesure où ces arguments n’ont pas été soulevés dans les affaires *Sarnoff* et *Unicrop*, j’estime que lorsqu’on l’interprète de façon harmonieuse avec le paragraphe 73(3) de la *Loi sur les brevets* et avec les autres dispositions de la Loi et des Règles susmentionnées, le paragraphe 6(1) des Règles a pour effet de créer un régime ordonné en ce qui concerne la poursuite des demandes et le paiement de la taxe périodique par l’intermédiaire du demandeur ou, lorsqu’un agent de brevets a été désigné, par l’intermédiaire de cet agent. Les divers cas qui ont donné lieu à des difficultés s’expliquent par des fautes d’inadvertance et témoignent de la nécessité de procéder à une réforme des Règles. Dans leur rédaction actuelle, les Règles accordent un délai de grâce généreux pour demander le rétablissement, mais elles n’accordent pas au commissaire ou à la Cour le pouvoir discrétionnaire de les contourner. À mon avis, les Règles sont peut-être partiales du fait qu’elles ne protègent que les intérêts du Bureau des brevets et non ceux des praticiens d’exercice privé. Il y a peut-être lieu de les réviser, mais il n’appartient pas à la Cour de le faire.

QUESTION N° 2 L’article 6 des Règles ne prévoit-il une obligation impérative que pour le commissaire, de sorte que la demanderesse n’est pas assujettie à l’obligation impérative de payer la taxe périodique uniquement par l’intermédiaire d’un représentant autorisé?

[33] Le paragraphe 6(1) des Règles prévoit que le commissaire ne communique qu’avec le correspondant autorisé et ne tient compte que des communications reçues de celui-ci. La demanderesse soutient que ni

applicant's agent to communicate with the Commissioner only through an authorized correspondent. I repeat subsection 6(1):

6. (1) Except as provided by the Act or these Rules, for the purpose of prosecuting or maintaining an application the Commissioner shall only communicate with, and shall only have regard to communications from, the authorized correspondent.

[34] I have found subsection 6(1) to be in harmony with the *Patent Act* and the other pertinent patent rules. The Commissioner may safely ignore communications respecting an application or maintenance fees which do not come from an authorized representative. However, what is the result, as in this case, where the Commissioner does not ignore the communication, but acts upon it? What is the effect of a subsequent attempt by the Commissioner to withdraw what was done?

[35] The late Justice Cullen of this Court [then the Federal Court, Trial Division] dealt with such an issue in *Pfizer Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 1999 CanLII 8363, 1 C.P.R. (4th) 200, where maintenance fees were paid in respect of several patent applications. Some of those fees were paid beyond the time for reinstatement. The Patent Office sent a notice saying that all the applications were reinstated. Subsequently, it sent a notice saying that there was a mistake respecting those applications where the fee had been paid too late. Justice Cullen found that the Commissioner could not retract the notice of reinstatement and that the reinstatement prevailed. He wrote, at paragraphs 29 to 32:

In light of the applicant's patent agents' letter of 2 March 1998, which specifically requests reinstatement (albeit in the language of petitioning), the earlier letter of 10 March 1997 cannot be read as a similar request for reinstatement. The *Patent Act* requires that a request *for reinstatement* be made. This implies something be asked for, which is an overt act in itself. The letter is not capable of being construed as a request for reinstatement – while it certainly contains a request, *per se*, it requests an amendment to the application itself and fails to

elle ni son agent ne sont tenus de communiquer avec le commissaire que par l'intermédiaire d'un correspondant autorisé. Je reproduis à nouveau le paragraphe 6(1) des Règles :

6. (1) Sauf disposition contraire de la Loi ou des présentes règles, dans le cadre de la poursuite ou du maintien d'une demande, le commissaire ne communique qu'avec le correspondant autorisé en ce qui concerne cette demande et ne tient compte que des communications reçues de celui-ci à cet égard.

[34] J'estime que le paragraphe 6(1) des Règles s'applique de façon harmonieuse avec la *Loi sur les brevets* et les autres dispositions applicables des *Règles sur les brevets*. Le commissaire peut sans crainte ignorer les communications relatives à la demande ou à la taxe périodique qui ne proviennent pas d'un représentant autorisé. Mais qu'advient-il lorsque, comme en l'espèce, le commissaire n'ignore pas la communication, mais y donne suite? Quelles sont les conséquences des tentatives ultérieures du commissaire pour revenir sur ce qui a été fait?

[35] Feu le juge Cullen, de notre Cour [auparavant la Section de première instance de la Cour fédérale], a examiné cette question dans la décision *Pfizer Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 1999 CanLII 8363, dans laquelle la taxe périodique avait été payée pour diverses demandes de brevets. Une partie de cette taxe avait été acquittée après le délai prescrit pour obtenir le rétablissement. Le Bureau des brevets avait envoyé un avis déclarant que toutes les demandes avaient été rétablies. Il avait par la suite envoyé un autre avis précisant qu'une erreur avait été commise au sujet des demandes pour lesquelles la taxe avait été payée en retard. Estimant que le commissaire ne pouvait retirer l'avis de rétablissement, le juge Cullen a confirmé la validité du rétablissement. Voici ce qu'il écrit, aux paragraphes 29 à 32 :

Compte tenu de la lettre des agents de brevets de la demanderesse datée du 2 mars 1998, qui demande expressément le rétablissement (même si elle utilisait le libellé d'une requête), la lettre antérieure du 10 mars 1997 ne peut être considérée comme une demande de rétablissement de la même nature. La *Loi sur les brevets* exige qu'une requête soit présentée en vue *du rétablissement*. Cela implique que l'on demande quelque chose, c'est-à-dire que l'on pose un geste exprès. La lettre ne peut être interprétée comme une requête de rétablissement –

deal in any way with the issue of reinstatement, unlike the later letter of 2 March 1998.

Notwithstanding this lapse and apparent failure to satisfy the requirements of section 73(3), the Patent Office issued a Notice of Reinstatement on 24 February 1998. Nothing in either the *Patent Act* or *Patent Rules* provides for the withdrawal or retraction of a Notice of Reinstatement.

Tribunals have limited post-decision powers that allow for reconsideration in very narrow circumstances. These include, *inter alia*, instances where a party was not notified of the proceeding, required procedure was not followed, or clerical errors. Aside from such circumstances, a tribunal is considered *functus officio* once a decision has been rendered.

In the instant case, the Notice of Reinstatement was sent to the applicant, and the applicant adjusted its affairs on the basis that its 371 application was reinstated and being processed through the Patent Office. Nothing in the Act or Rules permits the Patent Office to retract such a notice, and until or unless the applicant abandons its application, the Notice of Reinstatement should govern.

[36] The Federal Court of Appeal in its decision reported at 2000 CanLII 16501, 9 C.P.R. (4th) 13 reversed this decision. The applications were already dead and could not be reinstated, even if the Commissioner inadvertently sent a notice of reinstatement. Isaac J.A. for the Court wrote, at paragraph 23:

From a reading of the *Act*, it is plain that subsection 73(3) of the *Act* provides that reinstatement of an abandoned patent application will occur if three statutory requirements are met and not when the Patent Office issues a Notice of Reinstatement. The three requirements are: (1) a request for reinstatement has been made; (2) the action which should have been taken to avoid the abandonment has been taken; and (3) a reinstatement fee has been paid. Section 152 of the *Rules* clearly requires that the request for reinstatement of a patent application be made within 12 months from the date on which a patent application was deemed to be abandoned. In this case, the date of abandonment was 27 January 1997. Thus, the deadline for making a request for reinstatement was 27 January 1998. The respondent failed to make its request until 5 February 1998. This is clearly outside the statutory time limit prescribed

même si elle renferme certainement une demande, c'est-à-dire une modification à la demande elle-même mais elle ne traite aucunement de la question du rétablissement, contrairement à la lettre ultérieure du 2 mars 1998.

Malgré cette négligence et l'omission apparente de satisfaire aux conditions du paragraphe 73(3), le bureau des brevets a délivré un avis de rétablissement le 24 février 1998. Il n'y a rien dans la *Loi sur les brevets* ou dans les *Règles sur les brevets* qui prévoit le retrait ou la rétractation d'un avis de rétablissement.

Les tribunaux ont limité à des circonstances très restreintes le pouvoir des décideurs de réexaminer leurs décisions une fois que celles-ci ont été prises. Il s'agit, notamment, de cas où une partie n'a pas été informée de la procédure, de cas où la procédure réglementaire n'a pas été suivie, ou de cas d'erreurs administratives. À l'exception de ces circonstances, le tribunal est considéré comme étant *functus officio* une fois que la décision a été prise.

En l'espèce, l'avis de rétablissement avait été envoyé à la demanderesse, et celle-ci a pris pour acquis que la demande 371 était rétablie et qu'elle suivait son cours au bureau des brevets. Il n'y a rien dans la *Loi* ou dans les *Règles* qui autorise le bureau des brevets à retirer un tel avis, et tant que la demanderesse n'aura pas abandonné sa demande, l'avis de rétablissement doit avoir plein effet.

[36] Dans son arrêt publié à 2000 CanLII 16501, la Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision. Les demandes étaient selon elle déjà caduques et elles ne pouvaient être rétablies, même si l'avis de rétablissement avait été envoyé par inadvertance par le commissaire. Voici ce que le juge Isaac écrit, au nom de la Cour, au paragraphe 23 :

Il appert nettement du paragraphe 73(3) de la *Loi* qu'une demande de brevet abandonnée est rétablie lorsque les trois exigences énoncées à la *Loi* à cet égard sont respectées et non au moment où le Bureau des brevets délivre un avis de rétablissement. Les trois exigences sont les suivantes (1) une demande de rétablissement doit avoir été présentée; (2) le demandeur doit avoir pris les mesures qui s'imposaient pour éviter l'abandon; (3) la taxe de rétablissement doit avoir été payée. L'article 152 des *Règles* exige manifestement que la demande de rétablissement d'une demande de brevet soit présentée dans les 12 mois suivant la date de la prise d'effet de la présomption d'abandon. Dans le cas qui nous occupe, cette date était le 27 janvier 1997. Ainsi, la date limite pour la présentation d'une requête en rétablissement était le 27 janvier 1998. L'intimée n'a présenté sa requête que le 5 février 1998,

by section 152 of the *Rules*. As a consequence, the application could not be reinstated in law.

[37] The present case is different from the case in *Pfizer* in that, as of the date that the fees were submitted, the application was not “dead”. It was still alive. The Patent Office accepted those fees, even if submitted by somebody other than the “authorized correspondent”, and notified the correct party, the patent agent of record, that this application had been reinstated. Only a few days later, after the relevant time period was passed, did the Patent Office notify the patent agent of record that it should not have reinstated the application. By then, it was too late. The applicant or its agents, or somebody, had made a mistake (I made no finding in this regard). The Patent Office had made a mistake. It could not be made right. The Patent Office is unwilling to share any responsibility. Its letter of August 22, 2007 to Fetherstonhaugh & Co. simply states, “We apologize for any inconvenience” a phrase one hears too often.

[38] Nothing in section 6 [of the Rules] or elsewhere in the *Patent Act* or *Patent Rules* says anything about what happens when the Commissioner, notwithstanding subsection 6(1), receives and acts upon a communication. All of this was done in the present case when the application was alive, not dead. The payment of a maintenance fee, unlike the prosecution of a patent application, is a simple clerical function. Where that function has been performed within the relevant time periods, there is no provision to “un-perform” that function.

[39] This case is different from that considered by the Federal Court of Appeal in *Actelion Pharmaceuticals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 90, 64 C.P.R. (4th) 381. In that case, the applicant endeavoured to rely on a very general statement made in a letter paying a first maintenance fee as authorizing the payment

soit une date postérieure à la date limite prescrite par l’article 152 des *Règles*. Par conséquent, la demande ne pouvait être rétablie en droit.

[37] La présente espèce est différente de l’affaire *Pfizer* en ce que, à la date à laquelle la taxe a été payée, la demande n’était pas « caduque »; elle était toujours active. Le Bureau des brevets a accepté le paiement de cette taxe, même si elle n’était pas acquittée par le « correspondant autorisé » et elle a avisé la bonne personne, l’agent de brevets inscrit au dossier, que cette demande avait été rétablie. Ce n’est que quelques jours plus tard, une fois le délai expiré, que le Bureau des brevets a avisé l’agent de brevets inscrit au dossier que la demande n’aurait pas dû être rétablie. Mais il était alors trop tard. La demanderesse, ses agents ou quelqu’un d’autre avait fait une erreur (je ne tire pas de conclusion à cet égard). Et le Bureau des brevets avait fait une erreur, qui ne pouvait être corrigée. Le Bureau des brevets n’est pas disposé à assumer une part de responsabilité. Dans sa lettre en date du 22 août 2007 adressée à Fetherstonhaugh & Co., il se contente de dire : [TRADUCTION] « Nous vous présentons nos excuses pour tout incon vénient », une formule qu’on entend trop souvent.

[38] Il n’y a rien à l’article 6 des Règles ou ailleurs dans la *Loi sur les brevets* ou dans les *Règles sur les brevets* qui précise ce qui arrive lorsque, malgré le paragraphe 6(1), le commissaire reçoit une communication et y donne suite. Toutes les mesures qui ont été prises en l’espèce l’ont été pendant que la demande était toujours valide, et non après qu’elle soit devenue caduque. Le paiement de la taxe visant à maintenir la demande en état n’est qu’une simple formalité administrative, contrairement à celle visant la poursuite de la demande de brevet. Il n’existe pas de disposition qui permette de « défaire » cette formalité, une fois qu’elle a été accomplie dans le délai prescrit.

[39] La présente affaire est différente de celle dont était saisie la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Actelion Pharmaceuticals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 90, dans laquelle la demanderesse tentait de tabler sur une déclaration très générale faite dans une lettre relative au paiement de la taxe de maintien en état

of all fees. The reasons of the Court delivered by Sexton J.A. repeat this letter, at paragraph 4:

Assuming that it was paying the first maintenance fee, on July 15, 2005 the appellant wrote the following letter to the Commissioner (“the appellant’s letter”):

Included in today’s payment is the maintenance fee of \$100.00 which is required for anniversary 2 for this case. The applicant has elected to pay this fee as a Regular entity.

The Commissioner is hereby authorized to debit any additional fee or credit any overpayment associated with this communication directly from or to our deposit account...

[40] Sexton J.A. rejected the argument that this letter authorized payment of all maintenance fees. He wrote, at paragraphs 11 and 12:

I also agree with the concerns of the applications judge with respect to the possible implications of the appellant’s reasoning: it would lead to the absurd result where every time payment of a maintenance fee is offered using the sort of boiler-plate form noted above, the Commissioner should read into the payment an implicit request for reinstatement or some other implicit request in order to maintain their patent application in good standing. CIPO receives many patent applications and letters relating to such patent applications each year. Would staff members of CIPO now have to read every letter that comes into its office with a view to inferring some intention of the writer not clearly specified? Such an outcome would lead to potentially inconsistent results. This outcome seems even more serious when one considers third parties who may be scrutinizing the file of a patent application and relying on the contents of that file. Will they also have to see whether or not certain words can possibly be construed as a request for reinstatement? Those third parties may wish to rely on an apparent absence of a request for reinstatement and take action which would constitute infringement in the event that the patent eventually issues. The appellant’s interpretation of the *Patent Act* and the boiler-plate language would force innocent third parties to choose between waiting for some resolution of the problem or proceeding with actions which may put themselves at risk. Finally, it is difficult to imagine what other implications there would be if the appellant’s interpretation is accepted. What other uncertainties would be created?

pour affirmer qu’elle équivalait à une autorisation de payer toutes les taxes. Dans les motifs qu’il a rendus au nom de la Cour, le juge Sexton reproduit le texte de cette lettre au paragraphe 4 :

Supposant qu’elle payait sa première taxe de maintien en état, l’appelante a écrit le 15 juillet 2005 la lettre suivante au commissaire (la lettre de l’appelante) :

[TRADUCTION] Le présent paiement comprend la taxe de maintien en état de 100 \$ qui est exigible au deuxième anniversaire de la demande de brevet considérée. Le demandeur a choisi de payer cette taxe en tant qu’entité ordinaire.

Nous autorisons le commissaire à débiter toute taxe additionnelle ou à créditer tout trop-perçu liés à la présente communication directement sur notre compte de dépôt [...]

[40] Le juge Sexton a écarté l’argument que cette lettre autorisait le paiement de toute taxe périodique. Il écrit, aux paragraphes 11 et 12 :

Je partage également les craintes du juge des demandes touchant les conséquences possibles du raisonnement de l’appelante. Il faudrait en effet en déduire la proposition absurde selon laquelle, chaque fois que le paiement d’une taxe de maintien en état serait accompagné d’une formule passe-partout de la nature décrite plus haut, le commissaire devrait voir dans ce paiement une requête implicite en rétablissement ou quelque autre requête implicite visant à maintenir en vigueur la demande de brevet dont il s’agit. L’OPIC reçoit chaque année de nombreuses demandes de brevet et de nombreuses lettres y afférentes. Les membres du personnel de l’OPIC devraient-ils maintenant lire chaque lettre que reçoit leur service de manière à y deviner la présence d’une intention que son auteur n’aurait pas explicitement formulée? Une telle façon de faire risquerait d’entraîner des décisions contradictoires. Les conséquences qu’aurait l’acceptation de la prétention de l’appelante paraissent encore plus graves si l’on prend en considération les tiers qui peuvent être amenés à examiner minutieusement le dossier d’une demande de brevet et à prendre des décisions en se fondant sur son contenu. Devront-ils eux aussi se demander si certains termes peuvent ou non être interprétés comme une requête en rétablissement? Il peut arriver que de tels tiers souhaitent agir en fonction de l’absence apparente d’une requête en rétablissement et prennent des mesures qui leur seraient imputées à contrefaçon dans le cas où le brevet serait en fin de compte délivré. L’interprétation proposée par l’appelante de la *Loi sur les*

The onus is on the applicant to comply with the *Patent Act*, rather than on the Commissioner to attempt to interpret vague communications. That was the approach taken by Justice Létourneau in *F. Hoffman[n]-LaRoche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2005] F.C.J. No. 1977, 2005 FCA 399 at paragraph 6:

However, whatever errors the Commissioner may have committed in its own internal classification of the patent for administrative purposes, these errors do not have the effect of relieving the appellant of its statutory obligations under the Act. Nor do they have the effect of creating, in relation to section 46, a joint or shared responsibility that would allow avoidance of the legal consequences resulting from the appellant's failure to comply with section 46. [Emphasis added.]

I recognize that this case was about a re-issuing of a patent and not a reinstatement of a patent application but the principle remains the same.

[41] In the present case, the letter tendering the maintenance fees (July 9, 2007) was very specific as to the patent application in question and as to the fees to be paid. Once that letter and fees had been received and accepted by the Commissioner during the period where the application was alive, that was the end of the matter. The Commissioner had no authority to undo the situation.

[42] However, that is not the end of the matter. In the letter of August 22, 2007 from the Patent Office to the firm that had paid the maintenance fees, the Office offered a refund upon request. In December 2007, that firm requested a refund. In June 2008, that refund was given. Therefore, there were no maintenance fees paid effective as of June 2008. The patent application was truly dead at that time when the refund was given.

[43] Had a timely dispute been raised in or about August 2007, when the Commissioner sent the letter

brevets et de sa formule passe-partout obligerait des tiers innocents à choisir entre la voie consistant à attendre une quelconque résolution du problème et la prise de mesures susceptibles de les mettre en danger. Enfin, il est difficile d'imaginer les autres conséquences qu'aurait l'acceptation de l'interprétation de l'appelante. Quelles autres incertitudes entraînerait-elle?

Il incombe au demandeur de brevet de se conformer à la *Loi sur les brevets* plutôt qu'au commissaire d'essayer d'interpréter des communications imprécises. C'est là le principe que pose le juge Létourneau au paragraphe 6 de l'arrêt *F. Hoffman[n]-LaRoche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CAF 399 :

Néanmoins, quelque erreur que le commissaire ait pu faire dans sa propre classification interne du brevet à des fins administratives, les erreurs du commissaire n'ont pas pour effet de libérer l'appelante des obligations que la Loi impose à cette dernière. Elles ne sauraient non plus engendrer, au regard de l'article 46, une responsabilité conjointe ou partagée qui permettrait d'échapper aux conséquences juridiques découlant de l'omission de l'appelante de respecter les exigences de l'article 46. [Non souligné dans l'original.]

J'admets que cette affaire concernait la redélivrance d'un brevet et non le rétablissement d'une demande de brevet, mais le principe demeure le même.

[41] En l'espèce, la lettre envoyée pour le paiement de la taxe périodique (en date du 9 juillet 2007) précisait clairement de quelle demande de brevet et de quelle taxe il s'agissait. La réception et l'acceptation de la lettre et de la taxe par le commissaire avant que la demande ne devienne caduque avaient clos le débat. Le commissaire n'avait pas le pouvoir de changer la situation.

[42] L'affaire ne s'est toutefois pas terminée là. Dans la lettre du 22 août 2007 adressée au cabinet qui avait acquitté la taxe de maintien en état, le Bureau des brevets a offert de rembourser le cabinet sur demande, ce que le cabinet en question a fait en décembre 2007. Le remboursement a été effectué en juin 2008. Aucune taxe périodique n'avait donc été payée en date de juin 2008. La demande de brevet était véritablement caduque au moment où le remboursement a eu lieu.

[43] Si le différend avait été soulevé en temps utile en août 2007 ou vers cette date devant le Bureau des

revoking the reinstatement, whether in the Patent Office or in the Court, the situation would have been different. As of that time the maintenance fees had been paid and accepted. As of June 2008, the maintenance fees had been returned. The application lay dead.

[44] In December 2009, the firm that had tendered the fees used what I can only describe as a “Hail Mary” play attempting to persuade the Patent Office that they had been an associate patent agent all along by tendering a *nunc pro tunc* appointment to that effect. The Patent Office rightly rejected that attempt.

[45] As a result, the patent application was certainly dead as of June 2008, when the fees were returned.

ISSUE No. 3 Will the Court grant relief as a matter of equity?

[46] The applicant, as an alternative, asks the Court to invoke its equitable jurisdiction to rectify what it calls, and what I also call, a purely technical error in which the only party to suffer was the applicant itself.

[47] Subsection 20(2) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 29] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] gives this Court jurisdiction in many intellectual property matters not only arising from an Act of Parliament, but *also* at law or in equity:

20. ...

Industrial property, concurrent jurisdiction

(2) The Federal Court has concurrent jurisdiction in all cases, other than those mentioned in subsection (1), in which a remedy is sought under the authority of an Act of Parliament or at law or in equity respecting any patent of invention, copyright, trade-mark, industrial design or topography referred to in paragraph (1)(a).

brevets ou la Cour, lorsque le commissaire a envoyé la lettre dans laquelle il révoquait le rétablissement, la situation aurait été différente. À ce moment-là, la taxe périodique avait été payée et acceptée. En juin 2008, la taxe périodique avait été remboursée. La demande était devenue caduque.

[44] En décembre 2009, le cabinet qui avait acquitté la taxe a fait ce qu'on ne peut qualifier que de « tentative désespérée » en vue de convaincre le Bureau des brevets qu'il était depuis le début un coagent en lui soumettant une désignation rétroactive en ce sens. C'est à juste titre que le Bureau des brevets a écarté cette tentative.

[45] Il s'ensuit donc que la demande de brevet était assurément caduque en juin 2008 lorsque la taxe a été remboursée.

QUESTION N° 3 La Cour doit-elle accorder une réparation en equity?

[46] À titre subsidiaire, la demanderesse invite la Cour à exercer sa compétence en equity pour rectifier ce qu'elle qualifie, et que je qualifie aussi, d'erreur purement technique qui n'a eu de conséquences négatives que sur la demanderesse.

[47] Le paragraphe 20(2) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 29] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], confère à la Cour une compétence relativement à de nombreuses questions de propriété intellectuelle découlant non seulement d'une loi fédérale, mais également de toute autre règle de droit :

20. [...]

(2) Elle a compétence concurrente dans tous les autres cas de recours sous le régime d'une loi fédérale ou de toute autre règle de droit non visés par le paragraphe (1) relativement à un brevet d'invention, un droit d'auteur, une marque de commerce, un dessin industriel ou une topographie au sens de la *Loi sur les topographies de circuits intégrés*.

Propriété industrielle : compétence concurrente

[48] However, the Court cannot invoke its equitable jurisdiction randomly, or simply upon request. A proper basis for invoking that jurisdiction must be demonstrated.

[49] The applicant refers to relief against forfeiture, a matter that I referred to in *Sarnoff*, above. The applicant also cited the Supreme Court of Canada decision in *Kenora (Town) Hydro Electric Commission v. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 S.C.R. 80. I repeat what Major J. for the majority wrote, at pages 111 to 112, in order to emphasize what was written in the middle of that paragraph; namely, that in that case, the record showed that the party had acted to its detriment in reliance upon the mistaken actions of the other party:

A statute can only affect the operations of the common law principles of restitution and bar the defence of estoppel or change of position where there exists a clear positive duty on the public utility which is incompatible with the operation of those principles. The application of the principles of restitution to the case at bar can be briefly summarized. A benefit in the form of electricity was conferred on the Co-op at the expense of Kenora Hydro. The law of restitution would normally force the Co-op to return the value of the benefit to Kenora Hydro unless that value was no longer in the Co-op's possession because of a change of position. In this case, the Co-op successfully proved that it acted to its detriment in reliance on the billing statements for its own billing and budgetary purposes and that therefore the value of the electricity no longer existed for the purposes of restitutionary relief. Kenora Hydro conceded that this was in fact the case in the Court of Appeal and confirmed it before this Court. The defence of estoppel is thus an expression of what the common law has considered to be sufficient justification to release a defendant from liability in the pursuit of fairness, and, applying those principles to this case, the Co-op would no longer be liable to Kenora Hydro.

[50] I have no such evidence in the present case. The affidavit filed by the applicant simply says that the applicant relied upon its United States attorney and Canadian patent agent and simply assumed things were in good order until late 2009. There is no evidence from that attorney or that agent as to what they did or what reliance was placed on the Patent Office's actions, if any. The record indicates that, by requesting a refund of fees

[48] La Cour ne peut toutefois invoquer sa compétence en equity aléatoirement ou simplement sur demande. Il faut démontrer qu'il existe des raisons valables justifiant d'invoquer cette compétence.

[49] La demanderesse évoque la levée de déchéance, question que j'ai examinée dans la décision *Sarnoff*, précitée. La demanderesse cite également l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Commission hydro-électrique de Kenora (ville) c. Vacationland Dairy Co-operative Ltd.*, [1994] 1 R.C.S. 80. Je reprends à mon compte les propos que le juge Major a tenus au nom des juges majoritaires, aux pages 111 et 112, et j'attire l'attention sur ce qu'on lit au milieu de ce paragraphe, c'est-à-dire sur le fait que, dans cette affaire, il ressortait du dossier que l'intéressé avait agi à son détriment en se fiant aux erreurs d'une autre personne :

Une loi peut uniquement modifier l'application des principes de common law en matière de restitution et écarter, comme moyen de défense, une fin de non-recevoir et un changement de situation de fait lorsque l'entreprise de service public est assujettie à une obligation positive claire qui est incompatible avec l'application de ces principes. L'application des principes de restitution à la présente affaire peut se résumer brièvement. La Coop s'est vu conférer un avantage sous forme d'électricité aux dépens de Kenora Hydro. Le droit en matière de restitution forcerait normalement la Coop à restituer la valeur de cet avantage à Kenora Hydro, à moins que cette valeur n'existe plus à cause d'un changement de situation de fait. En l'espèce, la Coop a réussi à prouver qu'elle a agi à son détriment en se fiant aux factures reçues pour établir ses propres factures et son budget et que, par conséquent, la valeur de l'électricité n'existait plus aux fins d'une réparation fondée sur la restitution. Kenora Hydro a concédé, en Cour d'appel, que tel était le cas et a confirmé cette position devant notre Cour. Le moyen de défense fondé sur la fin de non-recevoir traduit donc ce que la common law a considéré comme un motif suffisant pour dégager un défendeur de toute responsabilité dans un but d'équité. Appliquant ces principes à la présente affaire, la Coop ne serait plus responsable envers Kenora Hydro.

[50] Je ne dispose pas de tels éléments de preuve en l'espèce. L'affidavit déposé par la demanderesse indique simplement que la demanderesse s'est fiée à son avocat américain et à son agent de brevets canadien et qu'elle a simplement tenu pour acquis que tout était dans l'ordre jusqu'à la fin de 2009. Cet avocat et cet agent n'ont pas témoigné au sujet de ce qu'ils ont fait ou des actes du Bureau des brevets auxquels ils se sont fiés, le cas

in December 2007, the Canadian patent agent firm that had tendered the fees apparently acquiesced in what the Patent Office did.

[51] Under these circumstances, there is nothing to trigger consideration as to equitable relief.

CONCLUSION AND COSTS

[52] In conclusion, therefore, the application must be dismissed. The respondent is entitled to costs at the upper end of column III [of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], including fees for a senior and junior counsel at the hearing.

JUDGMENT

FOR THE REASONS given:

THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application is dismissed; and
2. The respondent is entitled to costs at the upper end of Column III, including fees for a senior and junior counsel at the hearing.

échéant. Suivant le dossier, en demandant le remboursement de la taxe en décembre 2007, le cabinet canadien d'agents de brevets qui avait payé la taxe a vraisemblablement acquiescé aux actes du Bureau des brevets.

[51] Dans ces conditions, il n'y a rien qui justifie d'examiner l'opportunité d'accorder une réparation en equity.

CONCLUSION ET DÉPENS

[52] En conclusion donc, la demande doit être rejetée. Le défendeur a droit aux dépens selon l'échelon supérieur de la colonne III [du tarif B des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], y compris les honoraires d'un avocat principal et d'un avocat adjoint à l'audience.

JUGEMENT

POUR CES MOTIFS,

LA COUR STATUE que :

1. la demande est rejetée;
2. le défendeur a droit aux dépens selon l'échelon supérieur de la colonne III, y compris les honoraires d'un avocat principal et d'un avocat adjoint à l'audience.

A-175-11
2011 FCA 303

A-175-11
2011 CAF 303

Excelsior Medical Corporation (*Appellant*)

Excelsior Medical Corporation (*appelante*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

**INDEXED AS: EXCELSIOR MEDICAL CORPORATION v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : EXCELSIOR MEDICAL CORPORATION c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Noël, Pelletier and Layden-Stevenson JJ.A.—Toronto, November 3, 2011.

Cour d’appel fédérale, juges Noël, Pelletier et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 3 novembre 2011.

Patents — Practice — “Maintenance fees” — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review of Canadian Patent Office determination that patent application dead by reason of failure of appellant’s authorized correspondent to pay maintenance fees before end of grace period — Although maintenance fees paid within grace period, paid by non-authorized patent agent — Patent application reinstated by Patent Office but later considered dead after fees refunded to non-authorized patent agent — Federal Court finding that patent application reinstated after fees accepted by Office but that subsequent refund thereof nullifying reinstatement — Federal Court correctly dismissing judicial review but for wrong reasons — Acceptance of maintenance fees, whether within or outside reinstatement period, from someone other than applicant’s authorized correspondent not reinstating patent application — Patent Office’s acceptance or refund of maintenance fees not creating or extinguishing rights — Appeal dismissed.

Brevets — Pratique — « Taxes périodiques » — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire relative à la décision du Bureau canadien des brevets selon laquelle la demande de brevet était caduque parce que le correspondant autorisé de l’appelante avait omis de payer la taxe périodique avant l’expiration du délai de grâce — Même si la taxe périodique a été acquittée à l’intérieur du délai de grâce, elle a été payée par un agent de brevets qui n’était pas le correspondant autorisé — La demande de brevet a été rétablie par le Bureau des brevets, mais a par la suite été considérée comme caduque, après que la taxe eut été remboursée à un agent de brevets qui n’était pas un correspondant autorisé — La Cour fédérale a conclu que la demande de brevet avait été rétablie, une fois que la taxe périodique eut été acceptée par le Bureau des brevets, mais que le remboursement ultérieur de la taxe avait annulé le rétablissement — La Cour fédérale a rejeté à bon droit la demande de contrôle judiciaire, mais pour des motifs erronés — L’acceptation de la taxe périodique payée par une autre personne que le correspondant autorisé d’un demandeur, que ce soit pendant la période de rétablissement ou non, ne rétablit pas une demande de brevet — L’acceptation par le Bureau des brevets de la taxe périodique ou le remboursement de celle-ci ne crée ni n’éteint de droits — Appel rejeté.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review of a Canadian Patent Office determination that Patent Application No. 2414481 is dead by reason of the failure of the appellant’s authorized correspondent to pay the maintenance fees before the end of the grace period. The maintenance fees were in fact paid within the grace period but were paid by a patent agent which was not the authorized correspondent of record in the Patent Office. While the maintenance fees were accepted and the reinstatement of the patent application was communicated to the authorized correspondent of record, the Patent Office notified the non-authorized agent outside the reinstatement period

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire relative à la décision du Bureau canadien des brevets selon laquelle la demande de brevet n° 2414481 était caduque parce que le correspondant autorisé de l’appelante avait omis de payer la taxe périodique avant l’expiration du délai de grâce. En fait, la taxe périodique avait été payée à l’intérieur du délai de grâce, mais par un agent de brevets qui n’était pas le correspondant autorisé inscrit au dossier du Bureau des brevets. Même si la taxe périodique avait été acceptée et que le rétablissement de la demande de brevet avait été communiqué au correspondant autorisé inscrit au dossier, le Bureau des

that the patent had not been reinstated and was considered dead. The non-authorized agent requested and received a refund of the fees as was offered by the Patent Office. The non-authorized agent's belated request to be placed on the record as agents of the applicant was refused. On judicial review, the Federal Court found that the acceptance of the maintenance fees by the Patent Office within the reinstatement period reinstated the application but that the subsequent refund to the non-authorized agent nullified the reinstatement, thereby rendering the patent application dead.

The issue was whether the Federal Court erred in dismissing the application for judicial review for the reasons that it did.

Held, the appeal should be dismissed.

While the Federal Court correctly dismissed the application for judicial review, it did not do so for the right reasons. The acceptance of maintenance fees, whether within or outside the reinstatement period, from someone other than the applicant's authorized correspondent does not reinstate a patent application. Contrary to the Federal Court's view, the Patent Office's acceptance of the maintenance fees did not create rights and the refund thereof did not extinguish rights.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.

Patent Rules, SOR/96-423, ss. 2 "authorized correspondent", 6(1), 20.

CASES CITED

APPLIED:

Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General), 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289, 414 N.R. 381.

CONSIDERED:

Sarnoff Corp. v. Canada (Attorney General), 2008 FC 712, [2009] 2 F.C.R. 3, 294 D.L.R. (4th) 119, 329 F.T.R. 231, aff'd 2009 FCA 142, 315 D.L.R. (4th) 575, 81 C.R.P. (4th) 117, 393 N.R. 325.

brevets a avisé l'agent qui n'était pas le correspondant autorisé, à l'extérieur de la période de rétablissement, du fait que la demande de brevet n'avait pas été rétablie et était considérée comme caduque. Le correspondant non autorisé a demandé et obtenu un remboursement de la taxe, comme l'avait offert le Bureau des brevets. La demande tardive du correspondant non autorisé d'être inscrit au dossier comme agent de la demanderesse a été refusée. Lors d'un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que l'acceptation de la taxe périodique par le Bureau des brevets au cours de la période de rétablissement avait rétabli la demande, mais que le remboursement ultérieur de la taxe au correspondant non autorisé avait annulé le rétablissement, ce qui rendait la demande de brevet caduque.

La question à trancher était celle-ci : la Cour fédérale avait-elle commis une erreur en rejetant la demande de contrôle judiciaire pour les motifs énoncés?

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Même si la Cour fédérale avait, à bon droit, rejeté la demande de contrôle judiciaire, elle ne l'a pas fait pour les bons motifs. L'acceptation de la taxe périodique payée par une autre personne que le correspondant autorisé d'un demandeur, que ce soit pendant la période de rétablissement ou non, ne rétablit pas une demande de brevet. Contrairement à l'opinion de la Cour fédérale, l'acceptation de cette taxe par le Bureau des brevets n'a créé aucun droit et son remboursement n'a éteint aucun droit.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.

Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 2 « correspondant autorisé », 6(1), 20.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général), 2011 CAF 55.

DÉCISION EXAMINÉE :

Sarnoff Corp. c. Canada (Procureur général), 2008 CF 712, [2009] 2 R.C.F. 3, conf. par 2009 CAF 142.

REFERRED TO:

F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents), 2005 FCA 399, 44 Admin. L.R. (4th) 1, 45 C.P.R. (4th) 1, 344 N.R. 202.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 407, [2013] 1 F.C.R. 52, 92 C.P.R. (4th) 220, 388 F.T.R. 1) dismissing an application for judicial review of a Canadian Patent Office determination that the appellant's patent application is dead by reason of the failure of the appellant's authorized correspondent to pay the maintenance fees before the end of the grace period. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Kevin Sartorio and James Blonde for appellant.
Jacqueline Dais-Visca and Abigail Browne for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: This is an appeal by Excelsior Medical Corporation (Excelsior or the applicant) from a decision of the Federal Court [2011 FC 407, [2013] 1 F.C.R. 52] in which Hughes J. (the applications judge) dismissed its application for judicial review of a determination made by the Canadian Patent Office (the Patent Office) that Patent Application No. 2414481 (the application) is dead by reason of the failure by Excelsior's authorized correspondent to pay the maintenance fees before the end of the grace period.

[2] The difficulty in this case is that the maintenance fees were, in fact, paid within the grace period, but they were paid by Oyen Wiggs, who were not, at the time, the authorized correspondent of record in the Patent Office. A further complication arises from the fact that, having

DÉCISION CITÉE :

F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets), 2005 CAF 399.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 407, [2013] 1 R.C.F. 52) rejetant une demande de contrôle judiciaire relative à la décision du Bureau canadien des brevets selon laquelle la demande de brevet de l'appelante était caduque parce que le correspondant autorisé avait omis de payer la taxe périodique avant l'expiration du délai de grâce. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Kevin Sartorio et James Blonde pour l'appelante.
Jacqueline Dais-Visca et Abigail Browne pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling Lafleur Henderson LLP, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par Excelsior Medical Corporation (Excelsior ou la demanderesse) à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale [2011 CF 407, [2013] 1 R.C.F. 52] par laquelle le juge Hughes (le juge de première instance) a rejeté sa demande de contrôle judiciaire relative à la décision du Bureau canadien des brevets (le Bureau des brevets) selon laquelle la demande de brevet n° 2414481 (la demande) était caduque parce que le correspondant autorisé d'Excelsior avait omis de payer la taxe périodique avant l'expiration du délai de grâce.

[2] La difficulté en l'espèce réside dans le fait que la taxe périodique a en fait été payée à l'intérieur du délai de grâce, mais par Oyen Wiggs, qui n'était pas à l'époque le correspondant autorisé inscrit au dossier du Bureau des brevets. Une autre difficulté découle du fait

accepted the maintenance fees and communicated the reinstatement of the patent application to the authorized correspondent of record, Fetherstonhaugh & Co., the Patent Office wrote Oyen Wiggs, outside the reinstatement period, to advise that the patent had not been reinstated and was considered dead. In the same letter, the Patent Office offered to refund, upon request, the maintenance fees which it had previously accepted. The request was made and the fees were reimbursed. One year after requesting the refund of the fees, Oyen Wiggs belatedly took steps to be placed on the record as agents of the applicant as of the date of payment of the fees, an application which was refused.

[3] An application for judicial review followed. The applications Judge found that the acceptance of the maintenance fees by the Patent Office within the reinstatement period reinstated the application but that the refund of the fees to Oyen Wiggs nullified the reinstatement, leaving only a patent application which was considered to be dead. The application for judicial review was dismissed.

[4] An appeal is now taken to this Court, largely on the basis of the decision of the Federal Court in *Sarnoff Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 712, [2009] 2 F.C.R. 3, affirmed by this Court at 2009 FCA 142, 315 D.L.R. (4th) 575. We are of the view that the appeal should be dismissed, though not for the reasons given by the applications Judge.

[5] This case falls to be decided by the decision of this Court in *Unicrop Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 55, 91 C.P.R. (4th) 289 (*Unicrop*) in which it was held that the Patent Office can only deal with the applicant's authorized correspondent, and that an authorized correspondent only becomes so when the required documents are filed in the Patent Office. The acceptance of maintenance fees, whether within or outside the reinstatement period, from someone other than the applicant's authorized correspondent does not reinstate a patent application. Contrary to the applications Judge's view, the Patent Office's acceptance of those fees did not create rights and its return of those fees did not extinguish rights. To hold otherwise would be to create a

que, après avoir accepté la taxe périodique et avoir fait part du rétablissement de la demande de brevet au correspondant autorisé inscrit au dossier, Fetherstonhaugh & Co., le Bureau des brevets a écrit à Oyen Wiggs, à l'extérieur de la période de rétablissement, pour lui faire savoir que le brevet n'avait pas été rétabli et qu'il était considéré comme étant caduc. Dans la même lettre, le Bureau des brevets offrait de rembourser, sur demande, la taxe périodique qui avait été précédemment acceptée. La demande a été faite et la taxe a été remboursée. Un an après avoir demandé le remboursement de la taxe, Oyen Wiggs a entrepris tardivement des démarches afin d'être inscrit comme agent de la demanderesse à compter de la date du paiement de la taxe. La demande a été refusée.

[3] Une demande de contrôle judiciaire a suivi. Le juge de première instance a conclu que l'acceptation de la taxe périodique par le Bureau des brevets au cours de la période de rétablissement avait rétabli la demande, mais que le remboursement de la taxe à Oyen Wiggs avait annulé le rétablissement. Il ne restait alors qu'une demande de brevet considérée comme étant caduque. La demande de contrôle judiciaire a été rejetée.

[4] L'appel dont la Cour est maintenant saisie est fondé en grande partie sur la décision rendue par la Cour fédérale dans *Sarnoff Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 712, [2009] 2 R.C.F. 3, confirmée par la Cour d'appel fédérale par 2009 CAF 142. Nous sommes d'avis que l'appel devrait être rejeté, mais pas pour les motifs exposés par le juge de première instance.

[5] L'arrêt *Unicrop Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 55 (*Unicrop*), où la Cour a statué que le Bureau des brevets ne peut communiquer qu'avec le correspondant autorisé du demandeur et qu'un correspondant autorisé n'a cette qualité que lorsque les documents requis sont déposés auprès du Bureau des brevets, règle la présente affaire. L'acceptation de la taxe périodique payée par une autre personne que le correspondant autorisé d'un demandeur, que ce soit pendant la période de rétablissement ou non, ne rétablit pas une demande de brevet. Contrairement à ce qu'a dit le juge de première instance, l'acceptation de cette taxe par le Bureau des brevets n'a créé aucun droit et son remboursement n'a éteint aucun droit. Si cette opinion du juge

situation in which the Patent Office's administrative errors created or extinguished rights independently of the statutory scheme.

[6] Excelsior's reliance upon the Federal Court's decision in *Sarnoff* is misplaced. In dismissing the appeal from the Federal Court's decision in that case, this Court said [at paragraph 1]: "we have not been persuaded that the applications judge's findings of fact that the Patent Office 'had to have had an appointment of associate agent' was manifestly or palpably wrong". The basis of the Federal Court's decision in that case was that the Patent Office had in its possession an appointment of an associate agent when it accepted maintenance fees from the associate agent. The balance of the Court's comments were *obiter dicta*, and while no doubt reflective of an experienced judge's informed views, they are not a statement of the law.

[7] Excelsior also argues that the prosecution of a patent application is distinct from its maintenance and that they are treated as such in the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 and the *Patent Rules*, SOR/96-423. However, when the definition of "authorized correspondent" in section 2 [of the Rules] is read in conjunction with section 20 and subsection 6(1) [of the Rules], it is clear that the appointment of an authorized correspondent for prosecution purposes extends to both prosecution and maintenance matters.

[8] Finally, there is no basis for invoking the Federal Court's equitable jurisdiction on the facts of this case. This is simply another in a line of cases where the most elemental precautions were not taken when accepting a patent prosecution mandate. The results, while unfortunate, do not call for the application of the doctrine of relief from forfeiture which, in any event, does not apply to statutory time limits: see *F. Hoffmann-La Roche AG v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2005 FCA 399, 44 Admin. L.R. (4th) 1.

[9] The appeal will be dismissed with costs.

de première instance prévalait, des droits pourraient être créés ou éteints, indépendamment du régime législatif applicable, par suite d'erreurs administratives commises par le Bureau des brevets.

[6] Il ne convenait pas qu'Excelsior s'appuie sur la décision rendue par la Cour fédérale dans *Sarnoff*. En rejetant l'appel interjeté à l'encontre de cette décision, la Cour d'appel fédérale a dit [au paragraphe 1] : « nous ne sommes pas convaincus que la conclusion de fait du juge des requêtes selon laquelle le Bureau des brevets "devait avoir en sa possession un avis de nomination de coagent" était manifestement erronée ». La Cour fédérale s'était fondée dans cette affaire sur le fait que le Bureau des brevets avait en sa possession un document nommant un coagent lorsqu'il avait accepté la taxe périodique payée par celui-ci. Les autres remarques de la Cour ont été formulées de manière incidente et, bien qu'elles traduisent incontestablement l'opinion éclairée d'un juge expérimenté, elles ne constituent pas un exposé du droit applicable.

[7] Excelsior prétend également que la poursuite d'une demande de brevet est différente de son maintien en état et que les deux processus sont traités ainsi dans la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et les *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 (les Règles). Or, lorsque la définition de « correspondant autorisé » à l'article 2 des Règles est lue conjointement avec l'article 20 et le paragraphe 6(1) des Règles, il ne fait aucun doute que le correspondant autorisé qui est nommé aux fins de la poursuite de la demande est nommé également aux fins de son maintien en état.

[8] Enfin, il n'y a aucune raison d'invoquer la compétence en equity de la Cour fédérale en l'espèce. Il s'agit simplement d'une autre décision où les précautions les plus élémentaires n'ont pas été prises au moment où un mandat en matière de brevet a été accepté. Les résultats, bien que malheureux, n'exigent pas l'application de la doctrine de la levée de la déchéance, laquelle ne s'applique pas de toute façon aux délais prévus par la loi : voir *F. Hoffmann-La Roche AG c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2005 CAF 399.

[9] L'appel sera rejeté avec dépens.

2011 FCA 142 A-224-10	2011 CAF 142 A-224-10
Her Majesty the Queen (<i>Appellant</i>)	Sa Majesté la Reine (<i>appelante</i>)
v.	c.
Kevin Richard Buckingham (<i>Respondent</i>)	Kevin Richard Buckingham (<i>intimé</i>)
A-225-10	A-225-10
Kevin Richard Buckingham (<i>Appellant</i>)	Kevin Richard Buckingham (<i>appelant</i>)
v.	c.
Her Majesty the Queen (<i>Respondent</i>)	Sa Majesté la Reine (<i>intimée</i>)
INDEXED AS: BUCKINGHAM v. CANADA	RÉPERTORIÉ : BUCKINGHAM c. CANADA

Federal Court of Appeal, Nadon, Pelletier and Mainville JJ.A.—Fredericton, April 6; Ottawa, April 21, 2011.

Income Tax — Corporations — Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision that respondent (appellant in A-225-10) not liable as director of various corporations for amounts corporations failed to remit as source deductions under Income Tax Act (ITA), Canada Pension Plan, Employment Insurance Act but that respondent liable for failure to make GST/HST remittances under Excise Tax Act — Respondent, chairman, largest shareholder of corporation carrying on education services business — Corporation encountering serious financial difficulties, ceasing all operations in September 2003 — Assessed pursuant to Excise Tax Act, s. 323, ITA, s. 227.1 — T.C.C. applying objective standard, analysing remittances of employee source deductions issue separately from remittances of GST/HST issue — Whether applicable standard of care, diligence, skill under ITA, s. 227.1(3), objective standard; whether standard under ITA, s. 227.1(3) applying differently than under Excise Tax Act, s. 323(3); whether successful defence under ITA, s. 227.1(3) sustainable where directors' efforts focussing on curing failures to remit rather than on preventing them — Standard of care, skill, diligence required under ITA, s. 227.1(3), Excise Tax Act, s. 323(3) constituting objective standard — In order to rely on defences under ITA, Excise Tax Act, director must establish that attention turned to required remittances, that duty of care, diligence, skill exercised to prevent corporation's failure to remit amounts owed — No fundamental conceptual difference existing between employee source deductions remittances, GST/HST remittances justifying separate analysis of

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Pelletier et Mainville, J.C.A.—Fredericton, 6 avril; Ottawa, 21 avril 2011.

Impôt sur le revenu — Sociétés — Appels d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) selon laquelle l'intimé (l'appellant dans A-225-10) n'est pas redevable, en sa qualité d'administrateur de diverses sociétés, des montants que les sociétés ont omis de verser à titre de retenues à la source en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR), du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-emploi, mais que sa responsabilité était engagée à l'égard des défauts de versement de la TPS/TVH en vertu de la Loi sur la taxe d'accise — L'intimé était le président du conseil et l'actionnaire le plus important d'une société par actions offrant des services d'éducation — Cette société a éprouvé de graves difficultés financières et a cessé toutes ses activités en septembre 2003 — Elle a fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'art. 323 de la Loi sur la taxe d'accise et de l'art. 227.1 de la LIR — La C.C.I. a appliqué une norme objective, a analysé les versements des retenues à la source sur le salaire distinctement des versements de la TPS/TVH — La norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur l'art. 227.1(3) de la LIR est-elle une norme objective?; La norme fondée sur l'art. 227.1(3) de la LIR s'applique-t-elle différemment lorsqu'elle est fondée sur l'art. 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise?; Un moyen de défense valable fondé sur l'art. 227.1(3) de la LIR est-il recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à les prévenir? — La norme de soin, d'habileté et de diligence requise en vertu de l'art. 227.1(3) de la LIR et de l'art. 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise

duty of care, diligence, skill defence — Liability of directors under ITA, s. 227.1(1) not conditional on existence of sufficient cash in corporation to pay remittances of employee source deductions — Once T.C.C. finding that respondent's efforts no longer directed towards avoidance of failures to remit, defences under ITA, s. 227.1(3), Excise Tax Act, s. 323(3) not sustainable — T.C.C. therefore erring in finding that defence under ITA, s. 227.1(3) available to respondent — Appeal allowed in A-224-10; appeal dismissed in A-225-10.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Tax Court of Canada (T.C.C.) finding, inter alia, respondent (appellant in A-225-10) liable for failure to make GST/HST remittances under Excise Tax Act — Whether applicable standard of care, diligence, skill under Excise Tax Act, s. 323(3) objective standard; whether successful defence thereunder can be sustained where directors' efforts focussing on curing failures to remit rather than on preventing them — Standard of care, skill, diligence required under Excise Tax Act, s. 323(3) constituting objective standard — Once T.C.C. finding that respondent's efforts no longer directed towards avoidance of failures to remit, defence under s. 323(3) not sustainable — Therefore, T.C.C. correctly concluding that s. 323(3) defence not available to respondent.

These were consolidated appeals from a Tax Court of Canada decision that the respondent (the appellant in A-225-10) was not liable as a director of various corporations for the amounts the corporations failed to remit as source deductions under the *Income Tax Act* (ITA), the *Canada Pension Plan*, and the *Employment Insurance Act* but that he was liable after February 2003 for the failure to make GST/HST remittances under the *Excise Tax Act*. In 1997, the respondent and his family acquired control of a corporation to carry on an education services business and it also had an online course division. Over the years, the corporation encountered serious financial difficulties and ceased all operations approximately in September 2003. The respondent was chairman of the

constitue une norme objective — Pour invoquer des moyens de défense fondés sur la LIR et la Loi sur la taxe d'accise, l'administrateur doit démontrer qu'il s'est préoccupé des versements requis et qu'il s'est acquitté de son obligation de soin, de diligence et d'habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés — Il n'y a aucune différence conceptuelle fondamentale entre les versements des retenues à la source sur les salaires et les versements de TPS/TVH qui justifierait une analyse distincte de l'obligation de soin, de diligence et d'habileté — La responsabilité des administrateurs visée à l'art. 227.1(1) de la LIR n'est pas assujettie à la condition que la société dispose de suffisamment de fonds pour effectuer les versements des retenues à la source sur les salaires — Une fois que la C.C.I. a conclu que les efforts déployés par l'intimé ne visaient plus à éviter les défauts de versement, les moyens de défense fondés sur l'art. 227.1(3) de la LIR et sur l'art. 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise ne pouvaient être retenus — La C.C.I. a donc commis une erreur en établissant que l'intimé pouvait invoquer un moyen de défense fondé sur l'art. 227.1(3) de la LIR — Appel accueilli dans A-224-10; appel rejeté dans A-225-10.

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — La Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) a établi, entre autres choses, que l'intimé (l'appelant dans A-225-10) était redevable de l'omission d'effectuer des versements de TPS/TVH en vertu de la Loi sur la taxe d'accise — La norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur l'art. 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise est-elle une norme objective?; Un moyen de défense valable fondé sur cette disposition est-il recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à les prévenir? — La norme de soin, de diligence et d'habileté fondée sur l'art. 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise constitue une norme objective — Une fois que la C.C.I. a conclu que les efforts déployés par l'intimé ne visaient plus à éviter les défauts de versement, le moyen de défense fondé sur l'art. 323(3) ne pouvait être retenu — Par conséquent, la C.C.I. a conclu, avec raison, que l'intimé ne pouvait pas invoquer un moyen de défense fondé sur l'art. 323(3).

Il s'agissait d'appels conjoints d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle l'intimé (l'appelant dans A-225-10) n'était pas redevable, en sa qualité d'administrateur de diverses sociétés, des montants que ces sociétés ont omis de verser à titre de retenues à la source en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR), du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais que sa responsabilité était engagée, après le mois de février 2003, à l'égard des défauts de versement de TPS/TVH en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. En 1997, l'intimé et sa famille ont acquis le contrôle d'une société, qui avait aussi une division offrant des cours en ligne, afin d'exploiter une entreprise de services d'éducation. Au fil des ans, la société a dû faire face

board of the corporation and its largest shareholder. He was assessed pursuant to section 323 of the *Excise Tax Act* primarily for GST/HST remittances, which the corporation failed to make in March and June 2003. He was also assessed pursuant to section 227.1 of the ITA and other related Acts for the corporation's failure to remit employee source deductions for the period from October 2002 to August 2003. The respondent appealed all the assessments on the basis that he was not liable for these amounts given the provisions of subsection 227.1(3) of the ITA and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*, which exonerate a director of liability in certain circumstances where care, diligence and skill are exercised. The Tax Court of Canada found that an objective standard should be used for the purposes of applying both subsection 227.1(3) of the ITA and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*. It went on to analyse the issue regarding remittances of employee source deductions separately from the issue regarding remittances of GST/HST on the basis that GST/HST is paid by third parties while employee source deductions are funded by general business revenues. The appellant appealed the judgment concerning the employee source deductions remittances while the respondent appealed the judgment concerning the GST/HST remittances.

The issues were whether the applicable standard of care, diligence and skill under subsection 227.1(3) of the ITA and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* is an objective standard; whether the standard under subsection 227.1(3) of the ITA applies differently than under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* and whether a successful defence under subsection 227.1(3) of the ITA or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* can be sustained where the efforts of the directors are focussed on curing failures to remit rather than on preventing such failures.

Held, the appellant's appeal should be allowed while the respondent's appeal should be dismissed.

The standard of care, skill and diligence required under subsection 227.1(3) of the ITA and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* is an objective standard as set out by the Supreme Court of Canada in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*. This standard has set aside the common law principle that a director's management of a corporation is to be judged according to his own personal skills, knowledge, abilities and capacities. Thus, the factual aspects of the circumstances surrounding the actions of the director are important as opposed to the subjective motivations of

à de graves difficultés financières et a cessé toutes ses activités en septembre 2003 ou peu après. L'intimé était le président du conseil d'administration de la société et son actionnaire le plus important. Il a fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* principalement en ce qui a trait aux versements de TPS/TVH que la société n'avait pas versés en mars et en juin 2003. Il a aussi fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'article 227.1 de la LIR et de lois connexes pour le défaut de la société de verser les retenues à la source sur les salaires pour la période d'octobre 2002 à août 2003. L'intimé a interjeté appel de toutes les cotisations en alléguant qu'il n'était pas responsable de ces montants en vertu du paragraphe 227.1(3) de la LIR et du paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, lesquels dérogent l'administrateur de sa responsabilité dans certains cas s'il a agi avec un certain degré de soin, de diligence et d'habileté. La Cour canadienne de l'impôt a établi qu'une norme objective devrait être utilisée aux fins de l'application des paragraphes 227.1(3) de la LIR et 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Elle a en outre analysé la question du versement des retenues à la source sur les salaires distinctement de celle relative au versement de la TPS/TVH, compte tenu du fait que la TPS/TVQ est payée par des tiers alors que les retenues à la source sur les salaires sont financées à même les revenus généraux de la société. L'appelante a interjeté appel du jugement concernant le versement des retenues à la source sur les salaires et l'intimé a interjeté appel du jugement concernant le versement de la TPS/TVH.

Il s'agissait d'établir si la norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la LIR et le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est une norme objective; si la norme fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la LIR s'applique différemment lorsqu'elle est fondée sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* et si un moyen de défense valable fondé sur le paragraphe 227.1(3) ou le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est recevable lorsque les efforts déployés par les administrateurs visent principalement à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à les prévenir.

Arrêt : l'appel de l'appelante doit être accueilli et l'appel de l'intimé doit être rejeté.

La norme de soin, d'habileté et de diligence requise en vertu du paragraphe 227.1(3) de la LIR et du paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est une norme objective comme l'a énoncé la Cour suprême du Canada dans *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*. Cette norme objective écarte le principe de *common law* selon lequel la gestion d'une société par un administrateur doit être jugée suivant les compétences, les connaissances et les aptitudes personnelles de celui-ci. Ainsi, les éléments factuels du contexte dans lequel agit l'administrateur sont importants,

the director. Nevertheless, the particular circumstances of a director are not to be ignored and must be considered against an objective “reasonably prudent person” standard. Therefore, the Tax Court correctly found that the “objective subjective” standard has been replaced by the objective standard. Subsections 227.1(3) of the ITA and 323(3) of the *Excise Tax Act* require that the director’s duty of care, diligence and skill be exercised to prevent failures to remit. In order to rely on these defences, a director must thus establish that he turned his attention to the required remittances and that he exercised his duty of care, diligence and skill with a view to preventing a failure by the corporation to remit the concerned amounts.

The Tax Court’s separate analysis under subsection 227.1(3) of the ITA and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* resulted in two separate applications of the standard of care, diligence and skill defence: one for the remittances of source deductions and one for the remittances of GST/HST. However, employee source deductions are also paid by third parties, the employees, and there is thus no fundamental conceptual difference between employee source deductions remittances and GST/HST remittances that justify a separate analysis of the duty of care, diligence and skill defence on the sole basis of the funds’ origin. Consequently, the amounts withheld from employee remuneration for income tax, Canada Pension Plan and employment insurance purposes are deemed to have been paid by the employee for all purposes associated with these Acts. The cash-flow analysis proposed by the Tax Court was thus incompatible with the applicable provisions of the ITA. The liability of the directors under subsection 227.1(1) of the ITA is not conditional on the existence of sufficient cash in the corporation to pay the remittances of employee source deductions.

A director of a corporation cannot justify a defence under the terms of subsection 227.1(3) of the ITA where he condones the continued operation of the corporation by diverting employee source deductions to other purposes. In this case, although the respondent had a reasonable expectation that the sale of the online course development division could result in a large payment which could be used to satisfy creditors, he consciously transferred part of the risks associated with this transaction to the Crown by continuing operations knowing that employee source deductions would not be remitted. This is precisely what subsection 227.1 of the ITA seeks to avoid. Once the Tax Court found that the respondent’s efforts after February 2003 were no longer directed towards the avoidance of failures to remit the taxes owed, no

contrairement aux motifs subjectifs de celui-ci. Néanmoins, les circonstances propres à un administrateur doivent être prises en compte et doivent être considérées au regard de la norme objective d’une « personne raisonnablement prudente ». Par conséquent, la Cour canadienne de l’impôt a établi, avec raison, que la norme « subjective objective » a été remplacée par la norme objective. Le paragraphe 227.1(3) de la LIR et le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* requièrent que l’administrateur s’acquitte de son obligation de soin, de diligence et d’habileté de manière à prévenir les défauts de versement. Pour invoquer ces moyens de défense, l’administrateur doit par conséquent démontrer qu’il s’est préoccupé des versements requis et qu’il s’est acquitté de son obligation de soin, de diligence et d’habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés.

L’analyse distincte de la Cour canadienne de l’impôt en vertu des paragraphes 227.1(3) de la LIR et 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* a donné lieu à deux applications distinctes du moyen de défense fondé sur la norme de soin, de diligence et d’habileté : une pour les versements des retenues à la source et l’autre pour les versements de TPS/TVH. Or, les retenues à la source sur les salaires sont également payées par des tiers, les employés, et il n’y a par conséquent pas de différence conceptuelle fondamentale entre les versements des retenues à la source sur les salaires et les versements de TPS/TVH qui justifierait une analyse distincte de l’obligation de soin, de diligence et d’habileté sur le seul fondement de l’origine des fonds. Par conséquent, les sommes retenues sur la rémunération des employés au titre de l’impôt sur le revenu, du Régime de pensions du Canada et de l’assurance-emploi sont réputées avoir été payées par les employés à toutes les fins prévues par ces lois. L’analyse du flux de trésorerie proposée par la Cour canadienne de l’impôt était par conséquent incompatible avec les dispositions applicables de la LIR. La responsabilité des administrateurs visée au paragraphe 227.1(1) de la LIR n’est pas assujettie à la condition que la société dispose de suffisamment de fonds pour effectuer les versements des retenues à la source sur les salaires.

L’administrateur d’une société qui avalise la poursuite des activités de sa société en réaffectant à d’autres fins des retenues à la source sur les salaires ne peut établir une défense fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la LIR. Dans le cas présent, même si l’intimé avait une attente raisonnable que la vente de la division de production de cours en ligne donnerait lieu à un paiement important pouvant servir à satisfaire les créanciers, il a consciemment fait assumer par la Couronne une partie des risques associés à cette transaction en continuant les activités tout en sachant que les retenues à la source ne seraient pas versées. Il s’agit précisément du méfait que le paragraphe 227.1(3) de la LIR vise à éviter. Une fois que la Cour canadienne de l’impôt a tiré la conclusion que les efforts déployés par l’intimé après le mois de février 2003 ne visaient

successful defence under either subsection 227.1(3) of the ITA or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* could be sustained. The Tax Court was consequently correct in concluding that a defence under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* was not available after February 2003 but it erred in not applying the same reasoning to the defence under subsection 227.1(3) of the ITA concerning the failures to remit employee source deductions after February 2003.

plus à éviter les défauts de versement, le moyen de défense fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la LIR ou le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne pouvait être retenu. La Cour canadienne de l'impôt a en conséquence eu raison de conclure qu'un moyen de défense fondé sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne pouvait être invoqué après le mois de février 2003, mais elle a commis une erreur en n'appliquant pas le même raisonnement au moyen de défense fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la LIR en ce qui concerne les défauts de verser les retenues à la source sur les salaires après le mois de février 2003.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, ss. 1 (as am. by S.C. 1994, c. 24, s. 1(F)), 122(1)(b) (as am. *idem*, s. 13(F); 2001, c. 14, s. 135, Sch., item 43(E)).
Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 21(1) (as am by S.C. 1993, c. 24, s. 143), (5), 21.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 6, s. 2; S.C. 2004, c. 25, s. 112(E)), (2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.)), c. 6, s. 2).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, ss. 82(1), (7), 83(1) (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 134(E)), (2).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 228(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 210), (2) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1996, c. 21, s. 65; 1997, c. 10, s. 210), 323 (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2004, c. 25, s. 200; 2005, c. 30, s. 24).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 153(1)(a) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 151; 2007, c. 35, s. 49), (3), 227(4) (as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 226), 227.1 (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 202; 2006, c. 4, s. 87).

CASES CITED

APPLIED:

Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461, 244 D.L.R. (4th) 564, 49 B.L.R. (3d) 165; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1.

CONSIDERED:

Soper v. Canada, [1998] 1 F.C. 124, (1997), 149 D.L.R. (4th) 297, [1997] 3 C.T.C. 242 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. McKinnon*, [2001] 2 F.C. 203, (2000), 194 D.L.R. (4th) 164, *sub nom. Worrell v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 79 (C.A.); *Smith v. Canada*, 2001 FCA 84, 198 D.L.R. (4th) 257, 23 C.B.R. (4th) 310.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 1 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1(F)), 122(1)(b) (mod. *idem*, art. 13(F); 2001, ch. 14, art. 135, ann., n° 43(A)).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 153(1)a) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 151; 2007, ch. 35, art. 49), (3), 227(4) (mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 226), 227.1 (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 202; 2006, ch. 4, art. 87).
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 228(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 210), (2) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1996, ch. 21, art. 65; 1997, ch. 10, art. 210), 323 (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2004, ch. 25, art. 200; 2005, ch. 30, art. 24).
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 82(1), (7), 83(1) (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 134(A)), (2).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 21(1) (mod. par L.C. 1993, ch. 24, art. 143), (5), 21.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.)), ch. 6, art. 2; L.C. 2004, ch. 25, art. 112(A)), (2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.)), ch. 6, art. 2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Soper c. Canada, [1998] 1 C.F. 124; *Canada (Procureur général) c. McKinnon*, [2001] 2 C.F. 203 (C.A.); *Smith c. Canada*, 2001 CAF 84.

REFERRED TO:

Higgins v. The Queen, 2007 TCC 469, [2007] G.S.T.C. 103, 2007 G.T.C. 999-50; *Hartrell v. Canada*, 2008 FCA 59, 40 B.L.R. (4th) 34, [2008] 3 C.T.C. 24; *Liddle v. The Queen*, 2009 TCC 451, 2009 DTC 1296, [2009] G.S.T.C. 121, 2009 G.T.C. 994; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, 301 D.L.R. (4th) 80, 52 B.L.R. (4th) 1; *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; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, (1997), 146 D.L.R. (4th) 1, 46 Admin. L.R. (2d) 1; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, 206 Nfld. & P.E.I.R. 304, 230 D.L.R. (4th) 513; *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173, (1999), 172 D.L.R. (4th) 708, [1999] 2 C.T.C. 395 (C.A.); *Ruffo v. Canada (Minister of National Revenue)*, 2000 CanLII 15199, [2000] 4 C.T.C. 39, 2000 DTC 6317 (F.C.A.).

AUTHORS CITED

McGuinness, Kevin P. *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2007.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPEALS from a Tax Court of Canada decision (2010 TCC 247, [2010] 5 C.T.C. 2183, 2010 DTC 1190, [2010] G.S.T.C. 71) that the respondent (appellant in A-225-10) was not liable as a director of various corporations for the amounts the corporations failed to remit as source deductions under the *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* but that he was liable after February 2003 for the failure to make GST/HST remittances under the *Excise Tax Act*. Appeal allowed in A-224-10; appeal dismissed in A-225-10.

APPEARANCES

Cecil Woon for appellant.
D. Andrew Rouse for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Peters Oley Rouse, Fredericton, for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Higgins c. La Reine, 2007 CCI 469; *Hartrell c. Canada*, 2008 CAF 59; *Liddle c. La Reine*, 2009 CCI 451; *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.S.C. 867; *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173 (C.A.); *Ruffo c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2000 CanLII 15199 (C.A.F.).

DOCTRINE CITÉE

McGuinness, Kevin P. *Canadian Business Corporations Law*, 2^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2007.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

APPELS d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2010 CCI 247) selon laquelle l'intimé (l'appelant dans A-225-10) n'était pas redevable, en sa qualité d'administrateur de diverses sociétés, des montants que les sociétés ont omis de verser à titre de retenues à la source en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, mais que sa responsabilité était engagée, après le mois de février 2003, à l'égard des défauts de versement de TPS/TVH en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*. Appel accueilli dans A-224-10; appel rejeté dans A-225-10.

ONT COMPARU

Cecil Woon pour l'appelante.
D. Andrew Rouse pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Peters Oley Rouse, Fredericton, pour l'intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MAINVILLE J.A.: In reasons cited as 2010 TCC 247 (reasons), Webb J. of the Tax Court of Canada found that the respondent was not liable as a director of various corporations for the amounts the corporations failed to remit as source deductions under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 and the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, but was so liable after February 2003 for the failure to make GST/HST remittances under the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.

[2] The Crown appeals the judgment concerning the employee source deductions remittances in file A-224-10, while the respondent appeals the judgment concerning the GST/HST remittances in file A-225-10. Both appeals have been consolidated.

[3] These consolidated appeals raise the issue of the appropriate standard of care, diligence and skill required of a director under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* (and related provisions of the *Canada Pension Plan* and of the *Employment Insurance Act*) and under subsection 323(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12] of the *Excise Tax Act*.

Context

[4] The respondent and his family acquired control of Mosaic Technologies Corporation (Mosaic) around 1997 in order to carry on an education services business. Shortly thereafter, Mosaic secured educational facilities in various locations across Canada. Mosaic also had a division that prepared online courses for large corporations and governments.

[5] The shares of Mosaic started to trade on the TSX Venture Exchange in 1998 or 1999. The company

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : Dans des motifs répertoriés sous la référence 2010 CCI 247 (les motifs), le juge Webb de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'intimé n'était pas redevable, en sa qualité d'administrateur de diverses sociétés, des montants que les sociétés ont omis de verser à titre de retenues à la source en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, et de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, mais que sa responsabilité était engagée, après le mois de février 2003, à l'égard des défauts de versement de la TPS/TVH en vertu de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.

[2] La Couronne interjette appel du jugement concernant les versements de retenues à la source sur les salaires dans le dossier A-224-10, alors que l'intimé interjette appel du jugement concernant les versements de la TPS/TVH dans le dossier A-225-10. Les deux appels ont été joints.

[3] Ces appels conjoints soulèvent la question de la norme appropriée de soin, de diligence et d'habileté requise d'un administrateur en vertu du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (et les dispositions connexes du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*) et en vertu du paragraphe 323(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12] de la *Loi sur la taxe d'accise*.

Le contexte

[4] L'intimé et sa famille ont acquis le contrôle de Mosaic Technologies Corporation (Mosaic) vers 1997 afin d'exploiter une entreprise de services d'éducation. Peu après, Mosaic a acquis des installations éducatives à divers endroits du Canada. Mosaic avait aussi une division qui produisait des cours en ligne pour de grandes sociétés et les gouvernements.

[5] Les actions de Mosaic ont commencé à se négocier à la Bourse de croissance TSX en 1998 ou 1999. La

incurred an operating loss of \$970 866 in 1999, made a profit of \$253 110 in 2000 and then incurred losses of \$451 161 in 2001 and \$1 446 396 in 2002. After various unsuccessful efforts in 2002 and in early 2003 to secure additional capital and financing, the corporation unsuccessfully attempted to sell its assets and part of its business in order to pay its creditors. Mosaic ceased all operations in or shortly after September of 2003.

[6] The respondent was the chairman of the board of Mosaic and its largest shareholder. The trial Judge found that he was involved in its day-to-day operations and played a significant role in these operations.

[7] The respondent was assessed pursuant to section 323 [s. 323(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2005, c. 30, s. 24), (2)(c) (as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 2004, c. 25, s. 200)] of the *Excise Tax Act* for GST/HST remittances which Mosaic had failed to make in March and June of 2003, as well as for associated penalties and interest. He was also assessed pursuant to section 227.1 [s. 227.1(1) (as am. by S.C. 2006, c. 4, s. 87), (2)(c) (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 202)] of the *Income Tax Act*, section 21.1 [s. 21.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 6, s. 2; S.C. 2004, c. 25, s. 112(E)), (2) (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 6, s. 2)] of the *Canada Pension Plan* and section 83 [s. 83(1) (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 134(E))] of the *Employment Insurance Act* for Mosaic's failure to remit employee source deductions for the period of October 2002 to August 2003, as well as for associated penalties and interest. Similar assessments were made against the respondent for the failures to remit employee source deductions by the various subsidiaries of Mosaic, namely Multimedia Ventures (Alberta) Inc., Multimedia Ventures Inc., and 6678 British Columbia Ltd.

[8] The respondent appealed all of these assessments to the Tax Court of Canada solely on the basis that he was not liable for these amounts as a result of the provisions of subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* which exonerate

société a subi une perte d'exploitation de 970 866 \$ en 1999, a fait des profits de 253 110 \$ en 2000, puis a subi des pertes de 451 161 \$ en 2001 et de 1 446 396 \$ en 2002. Après plusieurs efforts infructueux en 2002 et au début de 2003 pour obtenir des capitaux et du financement additionnels, la société a tenté en vain de vendre ses actifs et une partie de son entreprise afin de payer ses créanciers. Mosaic a mis complètement fin à ses activités en septembre 2003 ou peu après.

[6] L'intimé était le président du conseil d'administration de Mosaic et son actionnaire le plus important. Le juge de première instance a conclu qu'il s'occupait des activités quotidiennes de Mosaic au jour le jour et qu'il jouait un rôle important dans son exploitation.

[7] L'intimé a fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'article 323 [art. 323(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2005, ch. 30, art. 24), (2)c) (édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 2004, ch. 25, art. 200)] de la *Loi sur la taxe d'accise* pour les montants de TPS/TVH que Mosaic n'avait pas versés en mars et juin 2003, ainsi que pour les pénalités et intérêts afférents. Il a également fait l'objet d'une cotisation en vertu de l'article 227.1 [art. 227.1(1) (mod. par L.C. 2006, ch. 4, art. 87), (2)c) (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 202)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de l'article 21.1 [art. 21.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2; L.C. 2004, ch. 25, art. 112(A)), (2) (édicte par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 6, art. 2)] du *Régime des pensions du Canada* et de l'article 83 [art. 83(1) (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 134(A))] de la *Loi sur l'assurance-emploi* pour le défaut de Mosaic de verser les retenues à la source sur les salaires pour la période d'octobre 2002 à août 2003, et pour les pénalités et les intérêts afférents. Des cotisations similaires ont été établies contre l'intimé en raison du défaut de diverses filiales de Mosaic, soit Multimedia Ventures (Alberta) Inc., Multimedia Ventures Inc. et 6678 British Columbia Ltd., de verser les retenues à la source sur les salaires.

[8] L'intimé a interjeté appel de toutes ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt en se fondant uniquement sur sa prétention qu'il n'était pas responsable de ces montants en vertu du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 323(3)

a director of liability where he “exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.”

The reasons of the trial Judge

[9] Relying on his decision in *Higgins v. The Queen*, 2007 TCC 469, [2007] G.S.T.C. 103, the trial Judge concluded, at paragraphs 16 to 18 of his reasons, that the “objective subjective” test set out in *Soper v. Canada*, [1998] 1 F.C. 124 (C.A.) (*Soper*), regarding the standard of care, diligence and skill required under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*, had been modified by the Supreme Court of Canada’s decision in *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 S.C.R. 461 (*Peoples Department Stores*). The trial Judge found that an objective standard should thus be used for the purposes of applying both subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*, and that this standard incorporated the “reasonable business decision” test laid out in *Peoples Department Stores*.

[10] The question for the trial Judge was therefore whether the respondent had acted prudently on a reasonably informed basis and whether his business decisions were reasonable in light of the circumstances about which he knew or ought to have known in order to prevent the failures to remit (reasons, at paragraphs 31, 56 and 82).

[11] The trial Judge was however of the view that the analysis required in relation to remittances of employee source deductions should be dealt with separately from the analysis related to remittances of GST/HST. The need for a distinct analysis flowed, in the trial Judge’s view, from the fact that the “amounts for payroll deductions are not funded from a third party but are paid from whatever resources the company might have available to it” (reasons, at paragraph 33). For the trial Judge, the remittance obligations related to source deductions are

de la *Loi sur la taxe d’accise*, lesquels dégagent l’administrateur de sa responsabilité s’« il a agi avec le degré de soin, de diligence et d’habileté pour prévenir le manquement qu’une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables ».

Les motifs du juge de première instance

[9] S’appuyant sur sa décision dans *Higgins c. La Reine*, 2007 CCI 469, le juge de première instance a conclu, aux paragraphes 16 à 18 de ses motifs, que le critère « objectif subjectif » énoncé dans l’arrêt *Soper c. Canada*, [1998] 1 C.F. 124 (C.A.) (*Soper*), en ce qui a trait à la norme de soin, de diligence et d’habileté requise en vertu du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, a été modifié par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, 2004 CSC 68, [2004] 3 R.C.S. 461 (*Magasins à rayons Peoples*). Le juge de première instance a conclu qu’il convenait donc d’utiliser une norme objective afin d’appliquer le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ainsi que le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise*, et que cette norme comprenait le critère de la décision d’affaires raisonnable énoncé dans l’arrêt *Magasins à rayons Peoples*.

[10] Le juge de première instance a identifié la question à laquelle il devait répondre comme étant celle de savoir si l’intimé avait agi prudemment en s’appuyant sur les renseignements dont il disposait et si ses décisions d’affaires étaient raisonnables compte tenu de ce qu’il savait ou aurait dû savoir afin de prévenir les défauts de versement (les motifs, aux paragraphes 31, 56 et 82).

[11] Le juge de première instance était toutefois d’avis qu’il devait effectuer une analyse quant aux versements des retenues à la source sur les salaires distincte de celle relative aux versements de la TPS/TVH. La nécessité d’effectuer des analyses distinctes découlait, selon le juge de première instance, du fait que les « montants pour les retenues à la source ne proviennent pas d’un tiers; ils sont payés à l’aide des ressources que la société peut avoir à sa disposition » (les motifs, au paragraphe 33). Pour le juge de première instance, les

part of employee costs and are funded through the general revenues of the corporation which may be insufficient to fund these remittances. On the other hand, remittances of the GST/HST are funded by third parties from whom the GST/HST is collected. This distinction lead the trial Judge to conclude that two separate analyses of the standard of care, diligence and skill were required, one for the remittances of source deductions, and one for the remittances of GST/HST (reasons, at paragraphs 33 and 74–75).

[12] Turning his attention to the employee source deductions remittances, the trial Judge accepted the respondent's evidence that reasonable business measures were taken in 2002 and in January and February of 2003 to address the financial difficulties of Mosaic and to avoid failures to remit taxes, including work on a proposed equity issue, attempts to secure a line of credit, reductions in expenditures, and attempts to merge with another company.

[13] The trial Judge found, at paragraphs 58 to 65 of his reasons, that the facts before him were similar to those in *Canada (Attorney General) v. McKinnon*, [2001] 2 F.C. 203, *sub nom. Worrell v. Canada*, [2001] 1 C.T.C. 79 (C.A.) (*Worrell*), where emphasis was placed on the continued effort to find new investors. The trial Judge also referred to this Court's decision in *Smith v. Canada*, 2001 FCA 84, 198 D.L.R. (4th) 257, for the principle that a director is only required to act reasonably. He concluded, at paragraphs 66 to 73 of his reasons, that the respondent had done all that he could in the circumstances to secure additional funding for Mosaic through various means, and that consequently he had met the standard of care required of him under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*.

[14] The trial Judge further noted that following the failure to secure new funding, as of February 2003, the efforts of Mosaic turned towards the sale of its

obligations relatives aux versements des retenues à la source font partie des coûts associés aux employés et sont acquittées grâce aux revenus généraux de la société, lesquels peuvent ne pas suffire pour assurer ces versements. En revanche, les versements de TPS/TVH sont financés par des tiers, desquels la TPS/TVH est perçue. Cette distinction a conduit le juge de première instance à conclure que deux analyses distinctes de la norme de soin, de diligence et d'habileté étaient requises, une pour les versements de retenues à la source et une autre pour les versements de la TPS/TVH (les motifs, aux paragraphes 33 ainsi que 74 et 75).

[12] En ce qui concerne les versements des retenues à la source sur les salaires, le juge de première instance a accepté le témoignage de l'intimé selon lequel des mesures d'affaires raisonnables avaient été prises en 2002, ainsi qu'en janvier et février 2003, pour régler les difficultés financières de Mosaic et pour prévenir les défauts de versement d'impôt, notamment des initiatives en vue d'une émission d'actions proposée, des tentatives pour obtenir une marge de crédit, des réductions des dépenses et des tentatives de fusion avec une autre société.

[13] Le juge de première instance a conclu, aux paragraphes 58 à 65 de ses motifs, que les faits qui lui avaient été présentés étaient similaires à ceux de l'affaire *Canada (Procureur général) c. McKinnon*, [2001] 2 C.F. 203 (C.A.) (*sub nom. Worrell c. Canada*), [2001] 1 C.T.C. 79 (*Worrell*), dans lequel la Cour a accordé beaucoup d'importance aux efforts continus déployés pour trouver de nouveaux investisseurs. Le juge de première instance a également renvoyé à l'arrêt *Smith c. Canada*, 2001 CAF 84, de notre Cour, pour appuyer le principe selon lequel l'administrateur est seulement tenu d'agir raisonnablement. Il a conclu, aux paragraphes 66 à 73 de ses motifs, que l'intimé avait fait tout son possible dans les circonstances pour obtenir par différents moyens du financement additionnel pour Mosaic, et qu'il avait en conséquence satisfait à la norme de diligence que lui imposait le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[14] Le juge de première instance a en outre souligné qu'après ses vaines tentatives pour obtenir du financement additionnel, Mosaic a entrepris à compter de

assets in order to pay creditors, including the arrears in employee source deductions remittances. Mosaic notably entered into a \$1.6 million arrangement in May of 2003 for the sale of its online course development division. An amount of \$600 000 was received from this sale in June of 2003 and used to pay various creditors, of which \$100 000 was sent to the Receiver General as a partial payment of the outstanding remittances. However, the \$1 million balance of the sale price was never subsequently received.

[15] The trial Judge further recognized, at paragraphs 69 to 72 of his reasons, that even if the focus of the respondent's efforts after February of 2003 was directed towards selling assets in order to pay arrears or to correct failures in remittances, rather than towards preventing failures to occur, and even if the employee source deductions remittances had been diverted, a defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* could nevertheless be successful:

It also seems reasonable that while the Appellant is trying to arrange for a capital injection or a merger or the sale of a division or assets, that the company should continue to operate as long as there is a reasonable expectation that such events would occur. It does not seem to me that this reasonable expectation would have ended before the deal with GITI collapsed. After the deal with GITI collapsed in February 2003, the steps changed from seeking capital injections to liquidating assets. It seems to me that the liquidation of assets was more directed towards paying arrears (or correcting defaults) than it would be in preventing defaults from occurring.

There would be a time delay from the time when the GITI deal collapsed and the employment of employees could be terminated. Reasonable notice is required to terminate employment without cause. As Justice Major noted in *The Queen in right of the Province of British Columbia v. Ossie Sylvester*, [1997] 2 S.C.R. 315:

1 Employment involves, among other things, a contract between the employer and employee. An employee who is wrongfully dismissed without reasonable notice of termination is entitled to damages for breach of contract. These damages represent the salary the employee would

février 2003 des mesures visant à liquider des éléments de son actif afin de payer ses créanciers, dont les arriérés des versements de retenues à la source sur les salaires. Mosaic a notamment conclu une entente de 1,6 millions de dollars en mai 2003 pour la vente de sa division de production de cours en ligne. Un montant de 600 000 \$ a été reçu pour cette vente en juin 2003 et il a servi à payer divers créanciers, la somme de 100 000 \$ ayant notamment été envoyée au receveur général à titre de paiement partiel à l'égard des versements dus. Cependant, le solde d'un million de dollars sur le prix de vente n'a jamais été reçu.

[15] Le juge de première instance a en outre reconnu, aux paragraphes 69 à 72 de ses motifs, que même si les efforts de l'intimé après le mois de février 2003 visaient principalement à vendre des éléments d'actif afin de payer des arriérés ou de remédier à des défauts de versement plutôt qu'à prévenir des défauts, et même si les retenues à la source sur les salaires avaient été réaffectées, un moyen de défense fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pouvait néanmoins être retenu :

Il semble également raisonnable que, pendant que l'appelant essayait d'organiser une injection de capitaux, une fusion ou la vente d'une division ou des éléments d'actif, la société continue à exploiter son entreprise tant qu'il existait une attente raisonnable que ces événements se produisent. Il me semble que cette attente raisonnable n'aurait pas pris fin avant que le marché prévu avec GITI échoue. Après l'échec de ce marché, au mois de février 2003, les mesures à prendre ont changé, et au lieu de chercher à obtenir des injections de capitaux, on a cherché à liquider les éléments d'actif. Il me semble que la liquidation des éléments d'actif visait davantage à assurer le paiement des arriérés (ou à remédier aux défauts) qu'à prévenir quelque défaut.

Il s'écoulerait un certain temps entre le moment où le marché qui devait être conclu avec GITI a échoué et le moment où il pouvait être mis fin à l'emploi des employés. Il faut donner un préavis raisonnable pour procéder à un congédiement non motivé. Comme le juge Major l'a fait remarquer dans l'arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315 :

1 L'emploi suppose, entre autres choses, un contrat entre l'employeur et l'employé. L'employé qui est congédié injustement et qui ne reçoit pas de préavis raisonnable de cessation d'emploi a droit à des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Ces dommages-intérêts représentent le

have earned had the employee worked during the notice period, less any amounts credited to mitigation.

Employees simply cannot be dismissed without proper notice. This would mean that the obligation to pay salaries (or compensation for proper notice) will continue after any decision is made to dismiss employees and such costs (which will give rise to requirements to remit amounts under the applicable legislation) will be incurred regardless of whether the company has sufficient revenue to cover such costs. No third party is necessarily providing the funds to the company to cover such costs.

As well since Maxim was acquiring a division it seems reasonable that the employees of that division would be retained until the sale was completed and it seems to me that the Appellant would have had a reasonable expectation that the deal with Maxim would close. [Emphasis added.]

[16] The trial Judge nevertheless reached a different conclusion concerning the failure to remit GST/HST. He rejected the defence of the respondent, which had been essentially the same as that submitted for the failure to remit employee source deductions, and explained his decision to do so in the following terms (reasons, at paragraph 82):

The liquidation of assets was not undertaken to prevent failures to remit GST/HST. As noted by the Appellant, the decision to sell assets was made to realize cash so that the company could pay its bills. This would be done to cure defaults in remittances, not prevent failures to remit. As a result, it does not seem to me that the Appellant has satisfied the standard of care imposed on him pursuant to subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* to prevent the failure to remit the net tax that was payable on April 30, 2003 and July 30, 2003.

The position of the Crown

[17] The Crown argues that the trial Judge committed an error in law by incorporating a cash-flow analysis into the duty of care, diligence and skill defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*. This, in the Crown's view, significantly expands the defence available under that subsection and, if accepted, would pass to the Crown part of the risk associated with continuing

salaires que l'employé aurait gagné s'il avait travaillé au cours de la période visée par le préavis, déduction faite de toute somme devant être affectée à la limitation des dommages.

On ne peut tout simplement pas congédier des employés sans un préavis approprié. Cela voudrait dire que l'obligation de verser les salaires (ou une indemnité tenant lieu de préavis) continuera après qu'il est décidé de congédier les employés et que pareils coûts (qui donneront lieu à des obligations de versement en vertu de la loi applicable) seront versés, et ce, peu importe que la société ait ou non suffisamment de revenus pour les couvrir. Aucun tiers ne fournit nécessairement à la société les fonds nécessaires pour couvrir ces coûts.

De plus, étant donné que Maxim acquérait une division, il semble raisonnable que les employés de cette division continuent à exercer leur emploi tant que la vente n'était pas conclue et il me semble qu'il aurait été raisonnable pour l'appelant de s'attendre à ce que le marché soit conclu avec Maxim. [Non souligné dans l'original.]

[16] Le juge de première instance a néanmoins tiré une conclusion différente en ce qui a trait aux défauts de versement de la TPS/TVH. Il a rejeté le moyen de défense de l'intimé, qui était essentiellement le même que celui invoqué à l'égard du défaut de verser les retenues à la source sur les salaires, et il a expliqué comme suit sa décision à cet égard (les motifs, au paragraphe 82) :

La liquidation des actifs n'a pas été effectuée en vue de prévenir les omissions de verser la TPS/TVH. Comme l'appelant l'a fait remarquer, la décision de vendre les actifs a été prise afin d'obtenir de l'argent pour que la société puisse acquitter ses factures. Une telle mesure viserait à remédier aux défauts et non à les prévenir. Par conséquent, il me semble que l'appelant n'a pas satisfait à la norme de diligence, que lui imposait le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, de prévenir l'omission de verser la taxe nette qui était payable le 30 avril et le 30 juillet 2003.

La thèse de la Couronne

[17] La Couronne soutient que le juge de première instance a commis une erreur de droit en incorporant une analyse relative à la trésorerie dans la défense fondée sur l'obligation de soin, de diligence et d'habileté prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Selon la Couronne, cette approche élargit considérablement la portée du moyen de défense fondé

a business which is facing financial difficulties. This is particularly offensive for the Crown in light of the trial Judge's finding, at paragraph 33 of his reasons, that the respondent had "admitted that the amounts that had been deducted from the payroll payments were being used to pay other bills."

[18] By using amounts withheld on employee source deductions to pay third-party creditors, the respondent tried to refinance his business in an effort to save it. Preferential payments were made to creditors other than the Crown purely for the purpose of continuing and preserving the continued operation of the business in order to attempt to salvage the respondent's investment. For the Crown, this is exactly the mischief which section 227.1 of the *Income Tax Act* was intended to avoid.

[19] The Crown asserts that the trial Judge failed to draw the distinction made in *Worrell* between actions which might be reasonable from a business point of view, and actions which would have prevented the failure to remit employee source deductions, and he thus erred in equating a general business intent with the more specific requirements of section 227.1 of the *Income Tax Act* which are directed to preventing the failure to remit.

The position of the respondent

[20] In the respondent's view, *Worrell* stands for the proposition that insofar as the directors can demonstrate that they have made serious and reasonable efforts to resolve the financial difficulties faced by their corporation, they have met the standard of care, diligence and skill required to sustain a defence under either subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*.

[21] In this case, the trial Judge recognized that the respondent had made serious and reasonable efforts to

sur cette disposition et aurait pour effet, si cette approche est acceptée, de faire assumer à la Couronne une partie du risque associé à la poursuite de l'exploitation d'une entreprise exposée à des difficultés financières. Cette situation est particulièrement choquante pour la Couronne compte tenu de la conclusion du juge de première instance, au paragraphe 33 de ses motifs, selon laquelle l'intimé a « admis que les montants qui avaient été retenus de la paie étaient utilisés pour acquitter d'autres frais ».

[18] En utilisant des montants prélevés à même les retenues à la source sur les salaires pour payer des tiers créanciers, l'intimé a essayé de refinancer son entreprise afin de la sauver. Des paiements préférentiels ont été faits à des créanciers autres que la Couronne dans le seul but d'assurer le maintien et la sauvegarde des activités de l'entreprise afin de protéger l'investissement de l'intimé. Pour la Couronne, cette situation correspond exactement au méfait que l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise à prévenir.

[19] La Couronne soutient que le juge de première instance n'a pas fait la distinction énoncée dans l'arrêt *Worrell* entre des mesures qui peuvent être raisonnables d'un point de vue d'affaires et des mesures qui auraient pu prévenir les défauts de versement des retenues à la source sur les salaires, et qu'il a ainsi commis une erreur en mettant sur un pied d'égalité un objectif d'affaires général et les exigences plus précises de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui visent à prévenir les défauts de versement.

La thèse de l'intimé

[20] De l'avis de l'intimé, l'arrêt *Worrell* appuie le principe selon lequel les administrateurs qui peuvent démontrer avoir fait des efforts sérieux et raisonnables pour résoudre les difficultés financières auxquelles leur société est exposée satisfont à la norme de soin, de diligence et d'habileté requise pour étayer la défense prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[21] En l'espèce, le juge de première instance a reconnu que l'intimé avait fait des efforts sérieux et

resolve the financial difficulties of Mosaic and of its subsidiaries, and applied the principles set out in *Worrell* to find that the respondent had successfully established a defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act*.

[22] The respondent adds that the trial Judge erred in law by failing to follow *Worrell* with respect to the GST/HST remittances. Rather, the trial Judge carried out a separate and distinct analysis of these remittances based on his concern that GST/HST funds are received from third parties, while source deductions are funded from the general revenues of the business. For the respondent, the trial Judge erred in drawing this sharp contrast between GST/HST and source deduction remittances. Treating the GST/HST remittances separately from the source deduction remittances also resulted in the trial Judge reaching contradictory findings of fact.

The issues

[23] These consolidated appeals raise three principal issues:

- a. Is the applicable standard of care, diligence and skill under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* an objective standard?
- b. Does the standard under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* apply differently than under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*?
- c. Can a successful defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* be sustained where the efforts of the directors are focussed on curing failures to remit rather than towards preventing such failures?

raisonnables pour résoudre les difficultés financières de Mosaic et de ses filiales, et il a appliqué les principes énoncés dans l'arrêt *Worrell* pour conclure que l'intimé avait réussi à établir une défense fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

[22] L'intimé ajoute que le juge de première instance a commis une erreur de droit en ne suivant pas l'arrêt *Worrell* en ce qui avait trait aux versements de TPS/TVH. Le juge de première instance s'est plutôt livré à une analyse distincte de ces versements, en se fondant sur la nécessité de tenir compte du fait que les fonds de la TPS/TVH sont reçus de tiers, tandis que les retenues à la source proviennent des revenus généraux de l'entreprise. Selon l'intimé, le juge de première instance a commis une erreur en établissant cette nette distinction entre les versements de TPS/TVH et les versements des retenues à la source. Cette distinction a également conduit le juge de première instance à tirer des conclusions contradictoires en regard des faits.

Les questions en litige

[23] Les appels conjoints soulèvent trois questions principales :

- a. La norme de soin, de diligence et d'habileté applicable fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est-elle une norme objective?
- b. La norme fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique-t-elle différemment lorsqu'elle est fondée sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*?
- c. Un moyen de défense valable fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est-il recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versement plutôt qu'à prévenir de tels défauts?

Standard of review

[24] The decision of *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, sets out the applicable standard of appellate review in an appeal from a judgment of the Tax Court of Canada. The standard of review on a question of law is correctness, while findings of fact are not to be disturbed unless it can be established that the trial Judge made a palpable and overriding error. The application of a legal standard to a set of facts is a question of mixed fact and law which is also subject to deference unless an extricable question of law can be identified.

[25] Whether a defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* has been established requires the application of a legal standard to a set of facts. Accordingly, these determinations generally constitute questions of mixed fact and law that are reviewable on a standard of palpable and overriding error: *Hartrell v. Canada*, 2008 FCA 59, 40 B.L.R. (4th) 34, at paragraph 3. However, the three issues raised by these consolidated appeals also raise extricable questions of law to which a standard of correctness applies.

The pertinent legislative provisions

[26] Paragraph 153(1)(a) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 151; 2007, c. 35, s. 49] of the *Income Tax Act* provides for income tax withholdings from employee wages, and for the remittance of these withholdings to the Receiver General. Subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act* sets out that the directors of a corporation which has failed to so withhold and remit are jointly and severally, or solidarily, liable together with the corporation to pay the concerned amount and any related interest or penalties. Subsections 227.1(2) and (3) of the *Income Tax Act* provide for certain limitations on this liability of directors, notably by allowing a defence of care, diligence and skill:

La norme de contrôle

[24] L'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, énonce la norme de contrôle applicable en appel à un jugement de la Cour canadienne de l'impôt. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte, et les conclusions de fait ne doivent pas être infirmées sauf s'il peut être établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante. L'application d'une norme juridique à un ensemble de faits est une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue sauf lorsqu'il est possible d'en dégager une question de droit.

[25] La question de savoir si une défense fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* a été établie requiert l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. En conséquence, il s'agit là généralement de questions mixtes de fait et de droit susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Hartrell c. Canada*, 2008 CAF 59, au paragraphe 3. Cependant, l'on peut dégager des trois questions soulevées par les présents appels conjoints des questions de droit susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

Les dispositions législatives pertinentes

[26] L'alinéa 153(1)a [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 151; 2007, ch. 35, art. 49] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit des retenues d'impôts à la source sur les salaires et le versement de ces retenues au receveur général. Le paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que les administrateurs d'une société ayant fait défaut d'effectuer ces retenues et ces versements sont solidairement responsables avec la société du paiement de ces sommes, ainsi que des intérêts et pénalités afférents. Les paragraphes 227.1(2) et (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoient certaines restrictions à cette responsabilité des administrateurs, notamment en permettant une défense fondée sur le soin, la diligence et l'habileté :

Withholding	<p>153. (1) Every person paying at any time in a taxation year</p> <p>(a) salary, wages or other remuneration, other than amounts described in subsection 115(2.3) or 212(5.1),</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>shall deduct or withhold from the payment the amount determined in accordance with prescribed rules and shall, at the prescribed time, remit that amount to the Receiver General on account of the payee's tax for the year under this Part or Part XI.3, as the case may be, and, where at that prescribed time the person is a prescribed person, the remittance shall be made to the account of the Receiver General at a designated financial institution.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>153. (1) Toute personne qui verse au cours d'une année d'imposition l'un des montants suivants :</p> <p>a) un traitement, un salaire ou autre rémunération, à l'exception des sommes visées aux paragraphes 115(2.3) ou 212(5.1);</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>doit en déduire ou en retenir la somme fixée selon les modalités réglementaires et doit, au moment fixé par règlement, remettre cette somme au receveur général au titre de l'impôt du bénéficiaire ou du dépositaire pour l'année en vertu de la présente partie ou de la partie XI.3. Toutefois, lorsque la personne est visée par règlement à ce moment, la somme est versée au compte du receveur général dans une institution financière désignée.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Retenue
Liability of directors for failure to deduct	<p>227.1 (1) Where a corporation has failed to deduct or withhold an amount as required by subsection 135(3) or 135.1(7) or section 153 or 215, has failed to remit such an amount or has failed to pay an amount of tax for a taxation year as required under Part VII or VIII, the directors of the corporation at the time the corporation was required to deduct, withhold, remit or pay the amount are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest or penalties relating to it.</p>	<p>227.1 (1) Lorsqu'une société a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu aux paragraphes 135(3) ou 135.1(7) ou aux articles 153 ou 215, ou a omis de verser cette somme ou a omis de payer un montant d'impôt en vertu de la partie VII ou VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer la somme, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités s'y rapportant.</p>	Responsabilité des administrateurs pour défaut d'effectuer les retenues
Limitations on liability	<p>(2) A director is not liable under subsection 227.1(1), unless</p> <p>(a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been registered in the Federal Court under section 223 and execution for that amount has been returned unsatisfied in whole or in part;</p> <p>(b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the proceedings and the date of dissolution; or</p>	<p>(2) Un administrateur n'encourt la responsabilité prévue au paragraphe (1) que dans l'un ou l'autre des cas suivants :</p> <p>a) un certificat précisant la somme pour laquelle la société est responsable selon ce paragraphe a été enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 223 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;</p> <p>b) la société a engagé des procédures de liquidation ou de dissolution ou elle a fait l'objet d'une dissolution et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant le premier en date du jour où les procédures ont été engagées et du jour de la dissolution;</p>	Restrictions relatives à la responsabilité

(c) the corporation has made an assignment or a bankruptcy order has been made against it under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection has been proved within six months after the date of the assignment or bankruptcy order.

c) la société a fait une cession ou une ordonnance de faillite a été rendue contre elle en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et l'existence de la créance à l'égard de laquelle elle encourt la responsabilité en vertu de ce paragraphe a été établie dans les six mois suivant la date de la cession ou de l'ordonnance de faillite.

Idem

(3) A director is not liable for a failure under subsection 227.1(1) where the director exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

(3) Un administrateur n'est pas responsable de l'omission visée au paragraphe (1) lorsqu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté pour prévenir le manquement qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables.

Idem

[27] Subsections 21(1) [as am. by S.C. 1993, c. 24, s. 143] and 21.1(1) and (2) of the *Canada Pension Plan* set out similar withholding and remittance obligations in relation to contributions to the Canada Pension Plan:

[27] Les paragraphes 21(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 24, art. 143] et 21.1(1) et (2) du *Régime de pensions du Canada* prévoient des obligations de retenues et de versements similaires à l'égard des cotisations au régime des pensions du Canada :

Amount to be deducted and remitted by employer

21. (1) Every employer paying remuneration to an employee employed by the employer at any time in pensionable employment shall deduct from that remuneration as or on account of the employee's contribution for the year in which the remuneration for the pensionable employment is paid to the employee such amount as is determined in accordance with prescribed rules and shall remit that amount, together with such amount as is prescribed with respect to the contribution required to be made by the employer under this Act, to the Receiver General at such time as is prescribed and, where at that prescribed time the employer is a prescribed person, the remittance shall be made to the account of the Receiver General at a financial institution (within the meaning that would be assigned by the definition "financial institution" in subsection 190(1) of the *Income Tax Act* if that definition were read without reference to paragraphs (d) and (e) thereof).

21. (1) Tout employeur payant une rémunération à un employé à son service, à une date quelconque, dans un emploi ouvrant droit à pension est tenu d'en déduire, à titre de cotisation de l'employé ou au titre de la cotisation pour l'année au cours de laquelle la rémunération au titre de l'emploi ouvrant droit à pension est payée à cet employé, le montant déterminé conformément à des règles prescrites; l'employeur remet au receveur général, à la date prescrite, ce montant ainsi que le montant qui est prescrit à l'égard de la cotisation qu'il est tenu de verser selon la présente loi. De plus, lorsque l'employeur est une personne prescrite à la date prescrite, le montant est versé au compte du receveur général dans une institution financière (au sens du paragraphe 190(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, compte non tenu des alinéas d) et e) de la définition de cette expression).

Montant devant être déduit et remis par l'employeur

...

[...]

Liability

21.1 (1) If an employer who fails to deduct or remit an amount as and when required under subsection 21(1) is a corporation, the persons who were the directors of the corporation at the time when the failure occurred are jointly and severally or solidarily liable, together with the

21.1 (1) En cas d'omission par un employeur personne morale de verser ou de déduire un montant de la manière et au moment prévus au paragraphe 21(1), les personnes qui en étaient les administrateurs à la date de l'omission sont solidairement responsables envers Sa Majesté du

Responsabilité des administrateurs

	corporation, to pay to Her Majesty that amount and any interest or penalties relating to it.	paiement de ce montant ainsi que des intérêts et pénalités qui s'y rapportent.	
Application of <i>Income Tax Act</i> provisions	(2) Subsections 227.1(2) to (7) of the <i>Income Tax Act</i> apply, with such modifications as the circumstances require, in respect of a director of a corporation referred to in subsection (1).	(2) Les paragraphes 227.1(2) à (7) de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, à l'administrateur d'une personne morale visée au paragraphe (1).	Application de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>
[28]	Similar provisions are also found in subsections 82(1) and 83(1) and (2) of the <i>Employment Insurance Act</i> :	[28] Les paragraphes 82(1) et 83(1) et (2) de la <i>Loi sur l'assurance-emploi</i> prévoient également des dispositions similaires :	
Deduction and payment of premiums	82. (1) Every employer paying remuneration to a person they employ in insurable employment shall (a) deduct the prescribed amount from the remuneration as or on account of the employee's premium payable by that insured person under section 67 for any period for which the remuneration is paid; and (b) remit the amount, together with the employer's premium payable by the employer under section 68 for that period, to the Receiver General at the prescribed time and in the prescribed manner. ...	82. (1) L'employeur qui paie une rétribution à une personne exerçant à son service un emploi assurable est tenu de retenir sur cette rétribution, au titre de la cotisation ouvrière payable par cet assuré en vertu de l'article 67 pour toute période à l'égard de laquelle cette rétribution est payée, un montant déterminé conformément à une mesure d'ordre réglementaire et de le verser au receveur général avec la cotisation patronale correspondante payable en vertu de l'article 68, au moment et de la manière prévus par règlement. [...]	Retenue et paiement des cotisations
Liability of directors	83. (1) If an employer who fails to deduct or remit an amount as and when required under subsection 82(1) is a corporation, the persons who were the directors of the corporation at the time when the failure occurred are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay Her Majesty that amount and any related interest or penalties.	83. (1) Dans les cas où un employeur qui est une personne morale omet de verser ou de déduire un montant de la manière et au moment prévus au paragraphe 82(1), les administrateurs de la personne morale au moment de l'omission et la personne morale sont solidairement responsables envers Sa Majesté de ce montant ainsi que des intérêts et pénalités qui s'y rapportent.	Responsabilité des administrateurs
Application of <i>Income Tax Act</i> provisions	(2) Subsections 227.1(2) to (7) of the <i>Income Tax Act</i> apply, with such modifications as the circumstances require, to a director of the corporation.	(2) Les paragraphes 227.1(2) à (7) de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à l'administrateur de la personne morale.	Application de la <i>Loi de l'impôt sur le revenu</i>
[29]	Paragraphs 228(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1997, c. 10, s. 210] and (2) [as enacted by S.C. 1990, c. 45, s. 12; 1996, c. 21, s. 65; 1997, c. 10, s. 210] of the <i>Excise Tax Act</i> require the filing of returns and the payment of remittances for the net tax owed in relation to goods and services, while subsection 323(1)	[29] Les paragraphes 228(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1997, ch. 10, art. 210] et (2) [édicte par L.C. 1990, ch. 45, art. 12; 1996, ch. 21, art. 65; 1997, ch. 10, art. 210] de la <i>Loi sur la taxe d'accise</i> requièrent la production de déclarations et le versement de la taxe nette due relativement aux biens et aux services, alors	

provides that the directors of a corporation which has failed to so remit are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation to pay the concerned amounts and any related interest or penalties. Subsections 323(2) and (3) provide for certain limitations on the liability of directors which are similar to those set out in the *Income Tax Act* for employee source deductions:

que le paragraphe 323(1) prévoit que les administrateurs d'une personne morale ayant fait défaut d'effectuer ces versements sont solidairement tenus, avec cette personne morale, de payer les montants visés ainsi que les intérêts et pénalités afférents. Les paragraphes 323(2) et (3) prévoient certaines restrictions à la responsabilité des administrateurs, qui sont similaires à celles énoncées dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* relativement aux retenues à la source des employés :

Calculation of net tax	228. (1) Every person who is required to file a return under this Division shall, in the return, calculate the net tax of the person for the reporting period for which the return is required to be filed, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period.	228. (1) La personne tenue de produire une déclaration en application de la présente section doit y calculer sa taxe nette pour la période de déclaration qui y est visée, sauf si les paragraphes (2.1) ou (2.3) s'appliquent à la période de déclaration.	Calcul de la taxe nette
Remittance	(2) Where the net tax for a reporting period of a person is a positive amount, the person shall, except where subsection (2.1) or (2.3) applies in respect of the reporting period, remit that amount to the Receiver General, (a) where the person is an individual to whom subparagraph 238(1)(a)(ii) applies in respect of the reporting period, on or before April 30 of the year following the end of the reporting period; and (b) in any other case, on or before the day on or before which the return for that period is required to be filed.	(2) La personne est tenue de verser au receveur général le montant positif de sa taxe nette pour une période de déclaration dans le délai suivant, sauf les paragraphes (2.1) ou (2.3) s'appliquent à la période de déclaration : a) si elle est un particulier auquel le sous alinéa 238(1)a)(ii) s'applique pour la période, au plus tard le 30 avril de l'année suivant la fin de la période; b) dans les autres cas, au plus tard le jour où la déclaration visant la période est à produire.	Versement
	...	[...]	
Liability of directors	323. (1) If a corporation fails to remit an amount of net tax as required under subsection 228(2) or (2.3) or to pay an amount as required under section 230.1 that was paid to, or was applied to the liability of, the corporation as a net tax refund, the directors of the corporation at the time the corporation was required to remit or pay, as the case may be, the amount are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay the amount and any interest on, or penalties relating to, the amount.	323. (1) Les administrateurs d'une personne morale au moment où elle était tenue de verser, comme l'exigent les paragraphes 228(2) ou (2.3), un montant de taxe nette ou, comme l'exige l'article 230.1, un montant au titre d'un remboursement de taxe nette qui lui a été payé ou qui a été déduit d'une somme dont elle est redevable, sont, en cas de défaut par la personne morale, solidairement tenus, avec cette dernière, de payer le montant ainsi que les intérêts et pénalités afférents.	Responsabilité des administrateurs
Limitations	(2) A director of a corporation is not liable under subsection (1) unless (a) a certificate for the amount of the corporation's liability referred to in that subsection	(2) L'administrateur n'encourt de responsabilité selon le paragraphe (1) que si : a) un certificat précisant la somme pour laquelle la personne morale est responsable a été	Restrictions

has been registered in the Federal Court under section 316 and execution for that amount has been returned unsatisfied in whole or in part;

(b) the corporation has commenced liquidation or dissolution proceedings or has been dissolved and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the earlier of the date of commencement of the proceedings and the date of dissolution; or

(c) the corporation has made an assignment or a bankruptcy order has been made against it under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and a claim for the amount of the corporation's liability referred to in subsection (1) has been proved within six months after the date of the assignment or bankruptcy order.

Diligence

(3) A director of a corporation is not liable for a failure under subsection (1) where the director exercised the degree of care, diligence and skill to prevent the failure that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.

Analysis

The standard of care, diligence and skill

[30] There has been some debate in recent years as to whether the objective standard of care, diligence and skill developed by the Supreme Court of Canada in *Peoples Department Stores* in relation to paragraph 122(1)(b) [as am. by S.C. 1994, c. 24, s. 13(F); 2001, c. 14, s. 135, Sch., item 43(E)] of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44 [s. 1 (as am. by S.C. 1994, c. 24, s. 1(F))] (CBCA) can extend to subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and to subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* which use almost identical language in their English versions and similar language in their French versions: *Hartrell v. Canada*, above, at paragraph 12; compare *Higgins v. The Queen*, above, at paragraphs 6 to 11, with *Liddle v. The Queen*, 2009 TCC 451, 2009 DTC 1296, at paragraphs 33 to 35. Paragraph 122(1)(b) of the CBCA reads as follows:

enregistré à la Cour fédérale en application de l'article 316 et il y a eu défaut d'exécution totale ou partielle à l'égard de cette somme;

b) la personne morale a entrepris des procédures de liquidation ou de dissolution, ou elle a fait l'objet d'une dissolution, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant le premier en date du début des procédures et de la dissolution;

c) la personne morale a fait une cession, ou une ordonnance de faillite a été rendue contre elle en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, et une réclamation de la somme pour laquelle elle est responsable a été établie dans les six mois suivant la cession ou l'ordonnance.

(3) L'administrateur n'encourt pas de responsabilité s'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement visé au paragraphe (1) que ne l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances.

Diligence

Analyse

La norme de soin, de diligence et d'habileté

[30] La jurisprudence n'a pas été constante ces dernières années sur la question de savoir si la norme objective de soin, de diligence et d'habileté énoncée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples* au regard de l'alinéa 122(1)(b) [mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 13(F); 2001, ch. 14, art. 135, ann., art. 43(A)] de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 [art. 1 (mod. par L.C. 1994, ch. 24, art. 1(F))] (LCSA), pouvait s'appliquer au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* dont les libellés sont presque identiques dans leurs versions anglaises et similaires dans leurs versions françaises : *Hartrell c. Canada*, précité, au paragraphe 12; comparer *Higgins c. La Reine*, précité, aux paragraphes 6 à 11, avec *Liddle c. La Reine*, 2009 CCI 451, aux paragraphes 33 à 35. L'alinéa 122(1)(b) de la LCSA est rédigé comme suit :

Duty of care
of directors
and officers

122. (1) Every director and officer of a corporation in exercising their powers and discharging their duties shall

...

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

[31] Though similar, the provisions of paragraph 122(1)(b) of the CBCA and of subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* have fundamentally different purposes. The different purposes to which these various provisions relate must inform the application of the standard of care, diligence and skill in each case.

[32] The duty of care in paragraph 122(1)(b) of the CBCA does not refer to an identifiable party as the beneficiary of the duty: *Peoples Department Stores*, at paragraph 57. Thus, the identity of the beneficiaries of the duty of care under paragraph 122(1)(b) of the CBCA is open-ended and includes all creditors. This provision sets out a standard of behaviour that should reasonably be expected, though it does not provide an independent foundation for claims: *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at paragraph 44.

[33] On the other hand, subsection 227.1(1) of the *Income Tax Act* and subsection 323(1) of the *Excise Tax Act* specifically provide that the directors “are jointly and severally, or solidarily, liable, together with the corporation, to pay that amount and any interest or penalties relating to” the remittances the corporation is required to make. Subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* do not set out a general duty of care, but rather provide for a defence to the specific liability set out in subsections 227.1(1) and 323(1) of these respective Acts, and the burden is on the directors to prove that the conditions required to successfully plead such a defence have been met. The duty of care in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* also specifically targets the prevention of the failure by the corporation to remit identified tax

122. (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l’exercice de leurs fonctions, agir :

[...]

b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

Devoir des
administra-
teurs et
dirigeants

[31] Bien qu’elles soient similaires, les dispositions de l’alinéa 122(1)b) de la LCSA et du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et du paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* ont des objets foncièrement différents. Les objets différents visés par ces diverses dispositions doivent avoir une incidence sur la norme de soin, de diligence et d’habileté applicable dans chaque cas.

[32] L’énoncé de l’obligation de soin à l’alinéa 122(1)b) de la LCSA ne précise pas une partie identifiable qui serait le bénéficiaire de l’obligation : *Magasins à rayons Peoples*, au paragraphe 57. Par conséquent, l’identité des bénéficiaires de l’obligation de diligence visée à l’alinéa 122(1)b) de la LCSA n’est pas assujettie à une restriction et comprend tous les créanciers. Cette disposition énonce une norme de conduite à laquelle on peut raisonnablement s’attendre, mais elle ne peut servir de fondement indépendant à un recours : *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, au paragraphe 44.

[33] En revanche, le paragraphe 227.1(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d’accise* prévoient expressément que les administrateurs « sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités [se] rapportant » aux versements que la société est tenue d’effectuer. Le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* ne prévoient pas une obligation générale de diligence, mais plutôt un moyen de défense visant la responsabilité précise prévue aux paragraphes 227.1(1) et 323(1) de ces lois respectives, et il incombe aux administrateurs de démontrer que les conditions requises pour se prévaloir avec succès d’une telle défense sont remplies. L’obligation de diligence prévue au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de*

withholdings, including notably employee source deductions. Subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* has a similar focus. The directors must thus establish that they exercised the degree of care, diligence and skill required “to prevent the failure”. The focus of these provisions is clearly on the prevention of failures to remit.

[34] This *caveat* being stated, I agree with the trial Judge that the “objective subjective” standard set out in *Soper* has been replaced by the objective standard laid down by the Supreme Court of Canada in *Peoples Department Stores*. I come to this conclusion in light of the language used in subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and in subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*, and also by applying the principle of the presumption of coherence between statutes.

[35] The words of legislation are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the legislation, the purpose of the legislation, and the intention of Parliament: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26. Both subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* refer to the degree of care, diligence and skill “that a reasonably prudent person would have exercised in comparable circumstances.” The reference to a reasonably prudent person is a clear indication that the test is objective rather than subjective.

[36] Moreover, the language used in paragraph 122(1)(b) of the CBCA is similar to that used in both subsections 227.1(3) of the *Income Tax Act* and 323(3) of the *Excise Tax Act*. This is not a mere coincidence, but rather a further indication that the standard of care, diligence and skill required by all these provisions is similar. Similar legislative language dealing with similar matters should be given a similar interpretation unless the legislative context indicates otherwise: *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, at paragraph 61; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC

l'impôt sur le revenu vise aussi expressément à empêcher la société de faire défaut de verser des retenues d'impôts précises, notamment les retenues à la source sur les salaires. Le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* a un objet similaire. Les administrateurs doivent établir qu'ils ont exercé le degré de soin, de diligence et d'habileté requis « pour prévenir le manquement ». L'objet de ces dispositions est clairement de prévenir les défauts de versement.

[34] Cette précision étant faite, je conviens avec le juge de première instance que la norme « objective subjective » énoncée dans l'arrêt *Soper* a été remplacée par la norme objective établie par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples*. J'arrive à cette conclusion compte tenu du libellé du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*, et en appliquant le principe de la présomption de cohérence entre les lois.

[35] Il faut lire les termes d'une loi 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. Le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* renvoient tous deux au degré de soin, de diligence et d'habileté « qu'une personne raisonnablement prudente aurait exercé dans des circonstances comparables ». Le renvoi à une personne raisonnablement prudente indique clairement que le critère est objectif plutôt que subjectif.

[36] De plus, le libellé de l'alinéa 122(1)(b) de la LCSA est similaire à celui des paragraphes 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise*. Il ne s'agit pas d'une simple coïncidence, mais plutôt d'une autre indication que la norme de soin, de diligence et d'habileté requise par toutes ces dispositions est similaire. Il convient de donner une interprétation similaire à des libellés similaires traitant de questions similaires sauf s'il existe une indication contraire dans le contexte législatif : *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S.

56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 52; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, above, at paragraph 27; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ontario: LexisNexis Canada, 2008) at pages 223 to 225.

[37] Consequently, I conclude that the standard of care, skill and diligence required under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* is an objective standard as set out by the Supreme Court of Canada in *Peoples Department Stores*.

[38] This objective standard has set aside the common law principle that a director's management of a corporation is to be judged according to his own personal skills, knowledge, abilities and capacities: *Peoples Department Stores*, at paragraphs 59 to 62. To say that the standard is objective makes it clear that the factual aspects of the circumstances surrounding the actions of the director are important as opposed to the subjective motivations of the director: *Peoples Department Stores*, at paragraph 63. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions through the establishment of good corporate governance rules: *Peoples Department Stores*, at paragraph 64. Stricter standards also discourage the appointment of inactive directors chosen for show or who fail to discharge their duties as director by leaving decisions to the active directors. Consequently, a person who is appointed as a director must carry out the duties of that function on an active basis and will not be allowed to defend a claim for malfeasance in the discharge of his or her duties by relying on his or her own inaction: Kevin P. McGuinness, *Canadian Business Corporations Law*, 2nd ed. (Markham, Ontario: LexisNexis Canada, 2007), at § 11.9.

[39] An objective standard does not however entail that the particular circumstances of a director are to be ignored. These circumstances must be taken into account, but must be considered against an objective

1015, au paragraphe 61; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 52; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, précité, au paragraphe 27; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e édition (Markham, Ontario : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 223 à 225.

[37] Par conséquent, je conclus que la norme de soin, de diligence et d'habileté exigée au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est une norme objective comme l'a énoncé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples*.

[38] Cette norme objective écarte le principe de common law selon lequel la gestion d'une société par un administrateur doit être jugée suivant les compétences, les connaissances et les aptitudes personnelles de celui-ci : *Magasins à rayons Peoples*, aux paragraphes 59 à 62. Si l'on qualifie cette norme d'objective, il devient évident que ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l'administrateur qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ce dernier : *Magasins à rayons Peoples*, au paragraphe 63. L'apparition de normes plus strictes force les sociétés à améliorer la qualité des décisions des conseils d'administration au moyen de l'établissement de bonnes règles de régie d'entreprise : *Magasins à rayons Peoples*, au paragraphe 64. Des normes plus strictes empêchent aussi la nomination d'administrateurs inactifs choisis pour l'apparence ou qui ne remplissent pas leurs obligations d'administrateurs en laissant aux administrateurs actifs le soin de prendre les décisions. Par conséquent, une personne nommée administrateur doit activement s'acquitter des devoirs qui s'attachent à sa fonction, et il ne lui sera pas permis de se défendre contre une allégation de malfeasance dans l'exécution de ses obligations en invoquant son inaction : Kevin P. McGuinness, *Canadian Business Corporations Law*, 2^e édition (Markham, Ontario : LexisNexis Canada, 2007), à § 11.9.

[39] Une norme objective ne signifie toutefois pas qu'il ne doit pas être tenu compte des circonstances propres à un administrateur. Ces circonstances doivent être prises en compte, mais elles doivent être considérés

“reasonably prudent person” standard. As noted in *Peoples Department Stores*, at paragraph 62:

The statutory duty of care in s. 122(1)(b) of the CBCA emulates but does not replicate the language proposed by the Dickerson Report. The main difference is that the enacted version includes the words “in comparable circumstances”, which modifies the statutory standard by requiring the context in which a given decision was made to be taken into account. This is not the introduction of a subjective element relating to the competence of the director, but rather the introduction of a contextual element into the statutory standard of care. It is clear that s. 122(1)(b) requires more of directors and officers than the traditional common law duty of care outlined in, for example, *Re City Equitable Fire Insurance*, supra [[1925] 1 Ch. 407].

[40] The focus of the inquiry under subsections 227.1(3) of the *Income Tax Act* and 323(3) of the *Excise Tax Act* will however be different than that under paragraph 122(1)(b) of the CBCA, since the former require that the director’s duty of care, diligence and skill be exercised to prevent failures to remit. In order to rely on these defences, a director must thus establish that he turned his attention to the required remittances and that he exercised his duty of care, diligence and skill with a view to preventing a failure by the corporation to remit the concerned amounts.

Does the standard under subsection 323(3) of the Excise Tax Act apply differently than under subsection 227.1(3) of the Income Tax Act?

[41] Since GST/HST is paid by third parties, while employee source deductions are funded by general business revenues which may be insufficient to allow their payment, the trial Judge was of the view that an analysis under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* must be carried out separately from an analysis under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act*. This distinction resulted in two different applications of the standard of care, diligence and skill defence.

au regard de la norme objective d’une « personne raisonnablement prudente ». Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Magasins à rayons Peoples*, au paragraphe 62 :

Le texte de l’al. 122(1)(b) de la LCSA qui énonce l’obligation de diligence reprend presque mot à mot celui que propose le Rapport Dickerson. La principale différence réside dans le fait que la version qui a été adoptée comprend les mots « en pareilles circonstances », ce qui modifie la norme légale en exigeant qu’il soit tenu compte du contexte dans lequel une décision donnée a été prise. Le législateur n’a pas introduit un élément subjectif relatif à la compétence de l’administrateur, mais plutôt un élément contextuel dans la norme de diligence prévue par la loi. Il est clair que l’al. 122(1)(b) est plus exigeant à l’égard des administrateurs et des dirigeants que la norme traditionnelle de diligence prévue par la common law et expliquée, par exemple, dans la décision *Re City Equitable Fire Insurance*, précitée [[1925] 1 Ch. 407].

[40] L’objectif de l’examen prévu aux paragraphes 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise* diffèrera toutefois de celui qu’exige l’alinéa 122(1)(b) de la LCSA, car les premières dispositions requièrent que l’administrateur s’acquitte de son obligation de soin, de diligence et d’habileté de manière à prévenir les défauts de versement. Pour invoquer ces moyens de défense, l’administrateur doit par conséquent démontrer qu’il s’est préoccupé des versements requis et qu’il s’est acquitté de son obligation de soin, de diligence et d’habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés.

La norme fondée sur le paragraphe 323(3) de la Loi sur la taxe d’accise s’applique-t-elle différemment lorsqu’elle est fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la Loi de l’impôt sur le revenu?

[41] Comme la TPS/TVH est payée par des tiers, alors que les retenues à la source sur les salaires proviennent des revenus généraux d’entreprise qui peuvent ne pas suffire pour assurer leur paiement, le juge de première instance était d’avis que l’analyse requise au titre du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* devait être distincte de l’analyse requise au titre du paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d’accise*. Cette distinction a donné lieu à deux manières différentes

[42] However, employee source deductions are also paid by third parties, the employees, and there is therefore no fundamental conceptual difference between employee source deductions remittances and GST/HST remittances which justify a separate analysis of the duty of care, diligence and skill defence on the sole basis of the origin of the funds. This notably flows from subsection 153(3) of the *Income Tax Act* which states that any amount withheld from employee remuneration “shall, for all the purposes of this Act, be deemed to have been received at that time by the person to whom the remuneration, benefit, payment, fees, commissions or other amounts were paid.” Similar provisions are found in subsection 21(5) of the *Canada Pension Plan* and in subsection 82(7) of the *Employment Insurance Act*.

[43] Consequently, the amounts withheld from employee remuneration for income tax, Canada Pension Plan and employment insurance purposes are deemed to have been paid by the employee for all purposes associated with these Acts, including for the purposes of assessing the liability of directors for the failure of their corporation to remit the amounts so withheld.

[44] In addition, subsection 227(4) [as am. by S.C. 1998, c. 19, s. 226] of the *Income Tax Act* provides that those who deduct or withhold an amount under this Act are deemed to hold the amount separate and apart in trust for Her Majesty and for payment in the manner and at the time provided under the Act.

[45] The cash-flow analysis proposed by the trial Judge is thus incompatible with the applicable provisions of the *Income Tax Act*. The liability of the directors under subsection 227.1(1) is not conditional on the existence of sufficient cash in the corporation to pay the remittances of employee source deductions, quite the contrary.

d’appliquer la défense fondée sur la norme de soin, de diligence et d’habileté.

[42] Or, les retenues à la source sur les salaires sont également payées pas des tiers, les employés, et il n’y a par conséquent pas de différence conceptuelle fondamentale entre les versements des retenues à la source sur les salaires et les versements de TPS/TVH qui justifierait une analyse distincte de l’obligation de soin, de diligence et d’habileté sur le seul fondement de l’origine des fonds. Cette interprétation découle notamment du paragraphe 153(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* selon lequel toute somme retenue sur la rémunération des employés « est, pour l’application générale de la présente loi, réputée avoir été reçue à ce moment par la personne à qui la rémunération, la prestation, le paiement, les honoraires, les commissions ou d’autres sommes ont été payés ». Le paragraphe 21(5) du *Régime de pensions du Canada* et le paragraphe 82(7) de la *Loi sur l’assurance-emploi* comportent des dispositions similaires.

[43] Par conséquent, les sommes retenues sur la rémunération des employés au titre de l’impôt sur le revenu, du Régime de pensions du Canada et de l’assurance-emploi sont réputées avoir été payées par les employés à toutes les fins prévues par ces lois, notamment celle de déterminer la responsabilité des administrateurs pour le défaut de leur société de verser les sommes ainsi retenues.

[44] De plus, le paragraphe 227(4) [mod. par L.C. 1998, ch. 19, art. 226] de la *Loi de l’impôt sur le revenu* prévoit que toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la Loi est réputée le détenir en fiducie, de manière séparée, en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la Loi.

[45] L’analyse du flux de trésorerie proposée par le juge de première instance est par conséquent incompatible avec les dispositions applicables de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La responsabilité des administrateurs visée au paragraphe 227.1(1) n’est pas assujettie à la condition que la société dispose de suffisamment de fonds pour effectuer les versements des retenues à la source sur les salaires, bien au contraire.

[46] The cash-flow analysis proposed by the trial Judge also assumes that the time frame in which to assess the director's conduct begins when the corporation runs out of cash. The assessment of the director's conduct rather begins when it becomes apparent to the director, acting reasonably and with due care, diligence and skill, that the corporation is entering a period of financial difficulties: *Soper*, at paragraph 50.

[47] The distinction proposed by the trial Judge would also convert the liability of directors under section 323 of the *Excise Tax Act* into an absolute liability, which is clearly not the intention of Parliament in light of subsection 323(3) of that Act. The distinction would also result in directors having a lesser responsibility in relation to employee source deductions remittances than in relation to GST/HST remittances, a distinction which is not supported by the words of either section 227.1 of the *Income Tax Act* or section 323 of the *Excise Tax Act*. Since both these legislative provisions are drafted in similar terms, they should consequently be applied in a similar fashion. The introduction of a distinction which is not set out in the legislation should be avoided.

Can a defence under subsection 227.1(3) of the Income Tax Act or under subsection 323(3) of the Excise Tax Act be sustained where the efforts of the directors are focussed on curing failures to remit rather than preventing such failures?

[48] An important question arising from this appeal is whether a successful defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* can be sustained where the directors continue to operate the business of the corporation knowing that this could lead to and has in fact resulted in failures to remit in circumstances where they have a reasonable expectation that the failures could be cured, notably through asset sales or through the sale of part or all of

[46] L'analyse du flux de trésorerie proposée par le juge de première instance suppose aussi que le cadre temporel durant lequel la conduite de l'administrateur est évaluée commence au moment où la société manque de fonds. L'examen de la conduite de l'administrateur commence plutôt lorsqu'il devient évident pour l'administrateur, agissant raisonnablement et avec le soin, la diligence et l'habileté qui sont requises, que la société entame une période de difficultés financières : *Soper*, au paragraphe 50.

[47] La distinction proposée par le juge de première instance ferait également de la responsabilité des administrateurs prévue au paragraphe 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* une responsabilité absolue, ce qui n'est clairement pas l'intention du Parlement à la lumière du paragraphe 323(3) de cette loi. Cette distinction ferait également de la responsabilité des administrateurs à l'égard du versement des retenues à la source sur les salaires une responsabilité moindre que celle qui leur incombe à l'égard du versement de la TPS/TVH, une distinction que n'étaient nullement les libellés de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Ces deux dispositions législatives étant rédigées dans des termes similaires, elles devraient donc être appliquées de manière similaire. Il faut éviter d'introduire une distinction qui n'est pas énoncée dans la législation.

Un moyen de défense valable fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu ou sur le paragraphe 323(3) de la Loi sur la taxe d'accise est-il recevable si les efforts déployés par les administrateurs visent à remédier aux défauts de versements plutôt qu'à prévenir de tels défauts?

[48] Le présent appel soulève l'importante question de savoir si une défense fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* est recevable lorsque les administrateurs continuent d'exploiter leur entreprise tout en sachant que cela entraîne, ou pourrait entraîner, un défaut de versement, mais qu'ils ont néanmoins une expectation raisonnable de remédier audit défaut, notamment au moyen de la vente d'éléments

the business. The trial Judge took two apparently contradictory positions in this matter, accepting such a defence in regard to the employee source deductions remittances (reasons, at paragraphs 69 to 72) but rejecting it in regard to the GST/HST remittances (reasons, at paragraph 82).

[49] The traditional approach has been that a director's duty is to prevent the failure to remit, not to condone it in the hope that matters can be rectified subsequently: *Canada v. Corsano*, [1999] 3 F.C. 173 (C.A.), at paragraph 35; *Ruffo v. Canada (Minister of National Defence)*, 2000 CanLII 15199, [2000] 4 C.T.C. 39 (F.C.A.). Contrary to the suppliers of a corporation who may limit their financial exposure by requiring cash-in-advance payments, the Crown is an involuntary creditor. The level of the Crown's exposure to the corporation can thus increase if the corporation continues its operations by paying the net salaries of the employees without effecting employee source deductions remittances, or if the corporation decides to collect GST/HST from customers without reporting and remitting these amounts in a timely fashion. In circumstances where a corporation is facing financial difficulties, it may be tempting to divert these Crown remittances in order to pay other creditors and thus ensure the continuation of the operations of the corporation. It is precisely such a situation which both section 227.1 of the *Income Tax Act* and section 323 of the *Excise Tax Act* seek to avoid. The defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* and under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* should not be used to encourage such failures by allowing a due diligence defence for directors who finance the activities of their corporation with Crown monies on the expectation that the failures to remit could eventually be cured.

[50] The respondent however relies on *Worrell* for the proposition that this traditional approach has been modified. *Worrell* concerned the application of the defence of care, diligence and skill in circumstances where the corporation's ability to make remittance payments was

d'actif ou de la vente totale ou partielle de l'entreprise. Le juge de première instance a adopté deux points de vue apparemment contradictoires sur cette question, ayant accepté une telle défense en ce qui a trait aux versements des retenues à la source sur les salaires (les motifs, aux paragraphes 69 à 72), et l'ayant rejetée en ce qui a trait aux versements de la TPS/TVH (les motifs, au paragraphe 82).

[49] L'approche traditionnelle est celle voulant que l'administrateur a le devoir de prévenir les défauts de versement, et non de les avaliser dans l'espoir qu'il sera ensuite possible de remédier aux problèmes : *Canada c. Corsano*, [1999] 3 C.F. 173 (C.A.), au paragraphe 35; *Ruffo c. Canada (Ministre du revenu national)*, 2000 CanLII 15199 (C.A.F.). Contrairement aux fournisseurs d'une société qui peuvent limiter leurs risques financiers en exigeant des paiements comptants en avance, la Couronne est un créancier involontaire. Le niveau des risques encourus par la Couronne à l'égard d'une société peut donc accroître si la société poursuit ses activités en versant aux employés les salaires nets sans effectuer les versements des retenues à la source sur ces salaires, ou si la société décide de percevoir la TPS/TVH des clients sans déclarer et verser ces montants en temps opportun. Une société qui fait face à des difficultés financières pourrait s'hasarder à réaffecter les versements dus à la Couronne afin de payer d'autres créanciers et ainsi assurer la poursuite de ses activités. C'est précisément une telle conjoncture que les articles 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* visent à éviter. Le moyen de défense prévu au paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et au paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne devrait pas servir à encourager de tels défauts de versement en permettant aux administrateurs d'invoquer une défense de diligence raisonnable lorsqu'ils financent les activités de leur société à l'aide de remises dues à la Couronne, en espérant remédier plus tard à ces défauts.

[50] L'intimé invoque toutefois l'arrêt *Worrell* à l'appui de sa prétention selon laquelle cette approche traditionnelle aurait été modifiée. L'arrêt *Worrell* portait sur l'application de la défense fondée sur le soin, la diligence et l'habileté dans le contexte où la capacité de la

at the discretion of its bank and where it was reasonable for the directors to believe that, by continuing the business of the corporation, they could restore its fortunes. While recognizing that it will normally not be sufficient for directors to simply carry on a business knowing that a failure to remit was likely but hoping that the company's future would revive with an upturn in the economy or in its market position, the Court also recognized in *Worrell* that where a reasonable expectation supported this belief in order to avoid future failures to remit, the defence of due diligence could be established in certain exceptional circumstances. *Worrell* must however be read in light of the particular facts of that case, including notably "the limitations placed on [the directors] by the bank's *de facto* control of the company's finances" (*Worrell*, at paragraph 79), and it should therefore not be understood as providing for a new approach to the due diligence defence.

[51] It is thus important to note that *Worrell* did not modify the focus of the defence of care, diligence and skill, which is to prevent the failure to remit, not to cure failures to do so. As noted in *Worrell*, at paragraph 34:

However, whether the directors thereby did enough to exempt themselves from liability for the unremitted source deductions and GST will depend, in part at least, on the fourth principle to be found in the case law: the due diligence required of company directors by subsection 227.1(3) is to prevent [emphasis in original] the failure to remit. This has been held to mean that, if directors become liable *prima facie* for a company's failure to remit, they normally cannot claim the benefit of subsection 227.1(3) if their efforts were capable only of enabling them to remedy defaults after they have occurred. Accordingly, of the measures taken in an attempt to rescue [their corporation], the most relevant to this inquiry are limited to the ones that were logically capable of preventing failures to remit the source deductions and GST when they became due. [Emphasis added.]

société d'effectuer des versements était à la discrétion de sa banque et où il était raisonnable de la part des administrateurs de croire qu'en continuant les activités de la société, ils pourraient la remettre à flot. La Cour, dans l'arrêt *Worrell*, a reconnu qu'il ne suffit normalement pas que les administrateurs continuent simplement à exploiter leur entreprise tout en sachant qu'un défaut de versement est probable, mais en se fondant sur l'espoir que la société sera remise à flot à la suite d'une reprise de l'économie ou d'une amélioration de sa position sur le marché; cependant, la Cour a également reconnu dans l'arrêt *Worrell* que lorsqu'une attente raisonnable appuyait cette croyance afin d'éviter à l'avenir des défauts de versements, le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable pouvait être retenu dans certaines circonstances exceptionnelles. Il convient toutefois d'interpréter l'arrêt *Worrell* à la lumière des faits particuliers de cette affaire, notamment des « restrictions [qu']imposait [aux administrateurs] le contrôle de fait exercé par la banque sur les finances de la compagnie » (*Worrell*, au paragraphe 79) et il ne faut donc pas interpréter cet arrêt comme s'il constituait une nouvelle approche à l'égard du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable.

[51] Il est par conséquent important de souligner que l'arrêt *Worrell* n'a pas modifié l'objet du moyen de défense fondé sur le soin, la diligence et l'habileté qui vise à prévenir les défauts de versement et non à y remédier. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Worrell*, au paragraphe 34 :

Cependant, que ces administrateurs en aient fait assez ou non pour s'exonérer de la responsabilité tenant au défaut de versement des retenues à la source et de la TPS, cela dépend, du moins en partie, du quatrième principe dégagé par la jurisprudence, savoir que la diligence raisonnable imposée aux administrateurs de société par le paragraphe 227.1(3) consiste à prévenir [souligné dans l'original] ce défaut. Il a été jugé que ce principe signifie que si ceux-ci deviennent à première vue responsables du défaut de versement de la compagnie, ils ne peuvent normalement se réclamer du bénéfice du paragraphe 227.1(3) si leurs efforts n'avaient pour effet que de les mettre en état de remédier au défaut après coup. Il s'ensuit que des mesures prises en vue de remettre [leur société] à flot, celles qui comptent le plus pour notre propos se limitent à celles qui étaient logiquement à même de prévenir le défaut de verser, à l'échéance, les retenues à la source et la TPS. [Non souligné dans l'original.]

[52] Parliament did not require that directors be subject to an absolute liability for the remittances of their corporations. Consequently, Parliament has accepted that a corporation may, in certain circumstances, fail to effect remittances without its directors incurring liability. What is required is that the directors establish that they were specifically concerned with the tax remittances and that they exercised their duty of care, diligence and skill with a view to preventing a failure by the corporation to remit the concerned amounts.

[53] In this case, the trial Judge found that until February 2003, the respondent had a reasonable expectation that the efforts being made would succeed in avoiding the failures to remit taxes, but that subsequent to that time, the efforts were rather aimed at curing defaults in remittances (reasons, at paragraph 69, reproduced above). This finding of fact has not been challenged before us. Thus, by the end of February 2003 the respondent no longer had any reasonable expectation of preventing the failures of employee source deductions remittances and of GST/HST remittances.

[54] However, the trial Judge further found that it was reasonable for the respondent to believe that the sale of the online course development division for \$1.6 million could provide funds for the payment of arrears on remittances. Was this sufficient to dispel the respondent's liability for the remittances for the period after February 2003? The trial Judge found that it was in relation to the employee source deduction remittances, but not in relation to GST/HST remittances.

[55] The trial Judge justified his approach based on the reasoning that even if all the employees had been laid-off shortly after February 2003, reasonable notice would have been required giving rise to related source deductions remittances regardless of whether the company had sufficient revenues to cover such costs. He further found that in light of the contemplated sale of the online course development division for \$1.6 million, it was reasonable

[52] Le Parlement n'a pas requis des administrateurs qu'ils soient assujettis à une responsabilité absolue relativement aux versements de leurs sociétés. En conséquence, le Parlement accepte qu'une société puisse, dans certaines circonstances, ne pas effectuer des versements sans que la responsabilité de ses administrateurs ne soit engagée. Ce qui est requis des administrateurs, c'est qu'ils démontrent qu'ils se sont effectivement préoccupés des versements fiscaux et qu'ils se sont acquittés de leur obligation de soin, de diligence et d'habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés.

[53] En l'espèce, le juge de première instance a conclu que, jusqu'au mois de février 2003, l'intimé avait une attente raisonnable que les efforts déployés permettraient d'éviter les défauts de versement, mais qu'après cette date les efforts visaient plutôt à remédier aux défauts de versements (les motifs, au paragraphe 69, reproduit ci-dessus). Cette conclusion de fait n'a pas été contestée devant nous. Par conséquent, dès la fin du mois de février 2003, l'intimé ne pouvait plus raisonnablement s'attendre à prévenir les défauts de versement des retenues à la source sur les salaires et de la TPS/TVH.

[54] Cependant, le juge de première instance a en outre conclu qu'il était raisonnable de la part de l'intimé de croire que la vente de la division de production de cours en ligne pour 1,6 millions de dollars pouvait permettre d'obtenir des fonds pour le paiement des arriérés de versements. Cela suffisait-il à écarter la responsabilité de l'intimé à l'égard des versements pour la période postérieure à février 2003? Le juge de première instance a répondu par l'affirmative relativement aux versements des retenues à la source sur les salaires, mais il a répondu par la négative relativement aux versements de la TPS/TVH.

[55] Le juge de première instance a justifié son approche en se fondant sur le raisonnement que, même si tous les employés avaient été mis à pied peu après le mois de février 2003, un avis raisonnable aurait été requis, ce qui aurait donné lieu à des versements de retenues à la source connexes sans égard à la question de savoir si la société avait des revenus suffisants pour s'acquitter de tels coûts. Il a en outre conclu, à la lumière de la vente

that the employees of that division be retained until the sale was completed. I find neither of these arguments persuasive.

[56] A director of a corporation cannot justify a defence under the terms of subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* where he condones the continued operation of the corporation by diverting employee source deductions to other purposes. The entire scheme of section 227.1 of the *Income Tax Act*, read as a whole, is precisely designed to avoid such situations. In this case, though the respondent had a reasonable (but erroneous) expectation that the sale of the online course development division could result in a large payment which could be used to satisfy creditors, he consciously transferred part of the risks associated with this transaction to the Crown by continuing operations knowing that employee source deductions would not be remitted. This is precisely the mischief which subsection 227.1 of the *Income Tax Act* seeks to avoid.

[57] Once the trial Judge found as a matter of fact that the respondent's efforts after February 2003 were no longer directed towards the avoidance of failures to remit, no successful defence under either subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* or subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* could be sustained.

[58] The trial Judge was consequently correct in concluding that a defence under subsection 323(3) of the *Excise Tax Act* was not available after February 2003 in light of his finding that the respondent's focus had shifted away from avoiding failures to remit the taxes owed. The trial Judge however erred in not applying the same reasoning to the defence under subsection 227.1(3) of the *Income Tax Act* concerning the failures to remit employee source deductions after February 2003.

espérée de la division de production de cours en ligne, qu'il était raisonnable de retenir les employés de cette division jusqu'à la conclusion finale de la vente. Je suis d'avis que ces arguments ne sont ni l'un ni l'autre convaincants.

[56] L'administrateur d'une société qui avalise la poursuite des activités de sa société en réaffectant à d'autres fins des retenues à la source sur les salaires ne peut établir une défense fondée sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Tout le régime de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lu dans son ensemble, est précisément conçu pour éviter de telles situations. En l'espèce, l'intimé avait une attente raisonnable (mais erronée) que la vente de la division de production de cours en ligne donnerait lieu à un paiement important pouvant servir à satisfaire les créanciers, mais il a consciemment fait assumer par la Couronne une partie des risques associés à cette transaction en continuant les activités tout en sachant que les retenues à la source ne seraient pas versées. Il s'agit précisément du méfait que le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise à éviter.

[57] Une fois que le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que les efforts déployés par l'intimé après le mois de février 2003 ne visaient plus à éviter les défauts de versements, le moyen de défense fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne pouvait être retenu.

[58] Le juge de première instance a en conséquence eu raison de conclure qu'un moyen de défense fondé sur le paragraphe 323(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* ne pouvait être invoqué après le mois de février 2003, compte tenu de sa conclusion voulant que l'objectif de l'intimé n'était plus d'éviter les défauts de versement des taxes dues. Le juge de première instance a toutefois commis une erreur en n'appliquant pas le même raisonnement au moyen de défense fondé sur le paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en ce qui concerne les défauts de verser les retenues à la source sur les salaires après le mois de février 2003.

Conclusion

[59] I would grant the appeal in file A-224-10, set aside the judgment of the Tax Court of Canada in docket 2008-2817(IT)G and, giving the judgment which should have been rendered, refer the matter back to the Minister of National Revenue for reconsideration and reassessment on the basis that the respondent is liable under section 227.1 of the *Income Tax Act*, section 21.1 of the *Canada Pension Plan* and section 83 of the *Employment Insurance Act* as a director of Mosaic Technologies Corporation, Multimedia Ventures (Alberta) Inc., Multimedia Ventures Inc. and 6678 British Columbia Ltd. for the amounts these corporations failed to remit under these Acts for the period subsequent to February 2003 as well as for any interest or penalties relating to these amounts.

[60] I would also dismiss the appeal in file A-225-10. I would order only one set of costs in favour of the Crown in file A-224-10.

NADON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

Conclusion

[59] J'accueillerais l'appel dans le dossier A-224-10, j'annulerais le jugement de la Cour canadienne de l'impôt dans le dossier 2008-2817(IT)G et, prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, je renverrais l'affaire au ministre du Revenu national pour qu'il procède à un nouvel examen et à une nouvelle cotisation en tenant compte du fait que l'intimé est redevable, en vertu de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, de l'article 21.1 du *Régime de pensions du Canada* et de l'article 83 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, en sa qualité d'administrateur de Mosaic Technologies Corporation, Multimedia Ventures (Alberta) Inc., Multimedia Ventures Inc. et 6678 British Columbia Ltd., des montants que ces sociétés ont fait défaut de verser en application de ces lois, pendant la période postérieure au mois de février 2003, ainsi que des intérêts et pénalités afférents à ces montants.

[60] Je rejetterais également l'appel dans le dossier A-225-10. Je n'ordonnerais qu'un seul mémoire de dépens en faveur de la Couronne dans le dossier A-224-10.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-347-10
2011 FCA 151

A-347-10
2011 CAF 151

BBM Canada (*Appellant*)

BBM Canada (*appelante*)

v.

c.

Research In Motion Limited (*Respondent*)

Research In Motion Limited (*intimée*)

INDEXED AS: *BBM CANADA v. RESEARCH IN MOTION LIMITED*

RÉPERTORIÉ : *BBM CANADA c. RESEARCH IN MOTION LIMITED*

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, January 18; Ottawa, May 5, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 18 janvier; Ottawa, 5 mai 2011.

Practice — Commencement of Proceedings — Appeal from Federal Court decision ordering proceeding initiated by way of notice of application proceed as action under Federal Courts Rules, Part 4 — Appellant seeking damages, declaratory, injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill, passing off under Trade-marks Act — Federal Court concluding no provisions in Act requiring proceedings alleging infringement, unfair competition to commence by notice of application — Whether appellant's claim may be brought by way of application under Rules, Part 5 or whether it may only be brought as action under Part 4 — Issue depending upon proper scope, application of Rules, r. 300, Part 5 of Rules — Act, s. 53.2 silent as to how proceedings contemplated therein initiated — Phrase “on application” in Act, ss. 53, 53.1, 53.2, 57 to be read in sense of formal request, not in sense of proceeding initiated by notice of application — S. 53.2 conferring broader remedial power, allowing courts to make any order considered appropriate — Purpose of Act best met by promoting expeditious, proportionate access to courts — Interpreting s. 53.2 as permitting applications or actions meeting that purpose — Such interpretation not rendering Act, ss. 53(5), 53.1(2), 58 redundant — Appeal allowed.

Pratique — Introduction des procédures — Appel d'une décision de la Cour fédérale ordonnant qu'une instance introduite par un avis de demande soit introduite comme s'il s'agissait d'une action conformément à la partie 4 des Règles des Cours fédérales — L'appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l'achalandage et commercialisation trompeuse en vertu de la Loi sur les marques de commerce — La Cour fédérale a conclu qu'aucune disposition de la Loi n'exige que les instances pour usurpation et concurrence déloyale soient introduites par un avis de demande — Il s'agissait d'établir si le recours de l'appelante pouvait être introduit par voie de demande conformément à la partie 5 des Règles ou s'il pouvait uniquement être introduit comme s'il s'agissait d'une action conformément à la partie 4 — La question dépend de la portée et de l'application de la règle 300 et de la partie 5 des Règles — L'art. 53.2 de la Loi est muet quant à la façon dont l'instance visée par cet article doit être introduite — L'expression « sur demande » aux arts. 53, 53.1, 53.2 et 57 de la Loi devrait s'entendre d'une demande en bonne et due forme et non d'une instance introduite par la production d'un avis de demande — L'art. 53.2 de la Loi confère un pouvoir général de réparation, autorisant le tribunal à rendre les ordonnances qu'il juge indiquées — L'accès aux tribunaux d'une manière rapide et proportionnée est ce qui satisfait davantage à l'objet de la Loi — Une interprétation de l'art. 53.2 qui permet les demandes ou les actions satisfait cet objet — Une telle interprétation ne rend pas les art. 53(5), 53.1(2) et 58 redondants — Appel accueilli.

Trade-marks — Infringement — Commencement of proceedings — Appellant seeking damages, declaratory, injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill, passing off under Trade-marks Act — Issue whether

Marques de commerce — Contrefaçon — Introduction des procédures — L'appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l'achalandage et

claim may be brought by way of notice of application or whether action only way of proceeding — Purpose of Act best met by interpretation promoting expeditious, proportionate access to courts — To that end, Act, s. 53.2 should be interpreted as permitting that proceedings be brought by application or by action.

This was an appeal from a Federal Court decision ordering that the proceeding initiated by the appellant by way of notice of application proceed as an action under Part 4 of the *Federal Courts Rules*.

The appellant sought damages, declaratory and injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill and passing off and relied upon various sections of the *Trade-marks Act*. The respondent moved to dismiss the application on jurisdictional grounds, without prejudice to the right of the appellant to raise the same issues in an action. The Federal Court concluded that there are no provisions in the Act that require or permit proceedings alleging infringement and unfair competition to commence by notice of application.

The appellant submitted that when the relevant provisions of the Act and the Rules are read together, proceedings may be brought either by application or by action under section 53.2. The respondent argued that proceedings may only be brought by application where the subject-matter of the litigation is expressly enumerated in rule 300 of the *Federal Courts Rules*.

At issue was whether the appellant's claim for damages may be brought by way of an application made under Part 5 of the Rules or whether it can only be brought as an action under Part 4.

Held, the appeal should be allowed.

The issue depended upon the proper scope and application of rule 300 and Part 5. Parliament's intent with respect to the initiation of proceedings brought under the Act must be ascertained under the heading "Legal Proceedings" (sections 52–61) of the Act. Section 53.2 is silent as to how proceedings contemplated therein are to be initiated. Upon examination of the statutory context of sections 52–61, the phrase "on application" used throughout sections 53, 53.1, 53.2 and 57 should be read in the sense of a formal request and not in the sense of

commercialisation trompeuse en vertu de la Loi sur les marques de commerce — Il s'agissait d'établir si le recours pouvait être introduit par voie d'avis de demande ou s'il pouvait être introduit comme s'il s'agissait d'une action — L'interprétation favorisant un accès aux tribunaux d'une manière rapide et proportionnée est celle qui satisfait le mieux à l'objet de la Loi — À cette fin, l'art. 53.2 de la Loi devrait être interprété de manière à permettre qu'une instance soit introduite par voie de demande ou d'action.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale ordonnant que l'instance que l'appelante a introduite par voie d'avis de demande soit introduite comme s'il s'agissait d'une action conformément à la partie 4 des *Règles des Cours fédérales*.

L'appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l'achalandage et commercialisation trompeuse en s'appuyant sur divers articles de la *Loi sur les marques de commerce*. L'intimée a sollicité une ordonnance portant rejet de la demande pour des motifs ressortant à la compétence, sous réserve du droit de l'appelante de soulever les mêmes questions dans le cadre d'une action. La Cour fédérale a conclu qu'aucune disposition de la Loi n'exige ou ne permet que les instances pour usurpation et concurrence déloyale soient introduites par voie d'avis de demande.

Selon l'appelante, en combinant les dispositions pertinentes de la Loi et des Règles, on constate que les poursuites intentées en vertu de l'article 53.2 de la Loi peuvent être introduites soit par voie de demande, soit par voie d'action. L'intimée a fait valoir que les poursuites ne peuvent être introduites par voie de demande que lorsque la question en litige est expressément mentionnée à la règle 300 des *Règles des Cours fédérales*.

Il s'agissait d'établir si le recours de l'appelante en dommages-intérêts pouvait être introduit par voie d'une demande conformément à la partie 5 des Règles ou s'il pouvait uniquement être introduit comme s'il s'agissait d'une action conformément à la partie 4.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La question dépendait de la portée et de l'application véritables de la règle 300 et de la partie 5. L'intention du législateur quant à la manière d'introduire des instances en vertu de la Loi doit être déterminée à partir de la rubrique « Procédures judiciaires » (articles 52 à 61) de la Loi. L'article 53.2 est muet quant à la façon dont l'instance visée par cet article doit être introduite. Après avoir examiné le contexte législatif des articles 52 à 61, l'expression « sur demande » utilisée aux articles 53, 53.1, 53.2 et 57 devrait s'entendre

a proceeding initiated by a notice of application. Section 53.2 also confers a broader remedial power, allowing courts to make any order considered appropriate where satisfied that “any act has been done contrary to this Act”. The purpose of the Act in general, and the “Legal Proceedings” section in particular, is best met by an interpretation that promotes access to the courts that is as expeditious and proportionate as possible. To that end, section 53.2 should be interpreted as permitting proceedings to be brought either by application or by action. This would allow access in an appropriate case to the more summary application process. Nothing in the wording of the Act precludes this interpretation. Interpreting section 53.2 to allow proceedings to be brought either by application or by action does not render section 58 and subsections 53(5) and 53.1(2) of the Act redundant. The procedural choices offered in subsections 53(5) and 53.1(2) were inserted for greater certainty to ensure that in every jurisdiction an expeditious procedure would be available for urgent and time-sensitive proceedings. Finally, not all proceedings for trade-mark infringement, depreciation of goodwill and passing off are so complex that they are not amenable to determination by application, and the fact that a litigant may generally choose to proceed by way of action or application does not mean that every case is amenable to adjudication by application.

The amended order of the Federal Court was set aside and the respondent’s motion to dismiss the application for lack of jurisdiction was dismissed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 247.
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 34 (as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20).
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, r. 702 (as am. by SOR/88-221, s. 9; 92-726, s. 7).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 57, 59(b), 61, 169 (as am. by SOR/2004-283, s. 37), 300 (as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37), 316, 335 (as am. *idem*).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, rr. 14.02 (as am. by O. Reg. 711/89, s. 13), 14.05(2) (as am. *idem*, s. 14).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b),(c), 20 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196), 22, 52 “court” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 234), “duties” (as am. *idem*), “Minister” (as am. *idem*; 2005, c. 38, s. 145), “release” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 234), 53 (as am. *idem*), 53.1 (as

d’une demande en bonne et due forme et non d’une instance introduite par la production d’un avis de demande. L’article 53.2 confère également un pouvoir général de réparation autorisant le tribunal à rendre les ordonnances qu’il juge indiquées lorsqu’il est convaincu qu’« un acte a été accompli contrairement à la présente Loi ». L’interprétation qui favorise un accès aux tribunaux d’une manière aussi rapide et proportionnée que possible permet de satisfaire davantage à l’objet de la Loi dans son ensemble et à celui de la partie intitulée « Poursuites judiciaires » en particulier. À cette fin, l’article 53.2 devrait être interprété de sorte à permettre que les instances soient introduites par voie de demande ou par voie d’action. Il serait ainsi possible, dans les cas appropriés, d’accéder au processus plus sommaire au moyen d’une demande. Rien dans le libellé de la Loi n’empêche cette interprétation. Une interprétation de l’article 53.2 qui autorise les instances introduites par voie de demande ou par voie d’action ne rend par l’article 58 et les paragraphes 53(5) et 53.1(2) de la Loi redondants. Les choix procéduraux particuliers offerts aux paragraphes 53(5) et 53.1(2) de la Loi ont été ajoutés afin qu’une procédure expéditive soit offerte dans tous les ressorts pour les affaires de nature urgente ou dépendantes du facteur temps. Enfin, les affaires d’usurpation de marque de commerce, de dépréciation de l’achalandage et de commercialisation trompeuse ne sont pas toutes complexes au point qu’il ne soit pas possible de les trancher au moyen d’une demande et le fait qu’une partie à un litige peut généralement choisir de procéder au moyen d’une action ou d’une demande ne signifie pas que toutes les poursuites peuvent être tranchées dans le cadre d’une demande.

L’ordonnance modifiée de la Cour fédérale a été annulée et la requête présentée par l’intimée en vue d’obtenir une ordonnance portant rejet de la demande relative à l’absence de compétence a été rejetée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, ch. 4, art. 247.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 34 (mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b),c), 20 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196), 22, 52 « dédouanement » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 234), « droits » (mod., *idem*), « ministre » (mod., *idem*; 2005, ch. 38, art. 145), « tribunal » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 234), 53 (mod., *idem*), 53.1 (édicte, *idem*), 53.2 (édicte, *idem*), 53.3 (édicte, *idem*), 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 (mod., *idem*, art. 235, 236, 238), 61 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 177).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 702 (mod. par DORS/88-221, art. 9; 92-726, art. 7).
Règles de Procédure Civile, Règl. de l’Ont. 560/84, Règles

enacted *idem*), 53.2 (as enacted *idem*), 53.3 (as enacted *idem*), 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 (as am. *idem*, ss. 235, 236, 238), 61 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 177).

CASES CITED

APPLIED:

Chilian v. Augdome Corp. (1991), 2 O.R. (3d) 696, 78 D.L.R. (4th) 129, 49 C.P.C. (2d) 1 (C.A.).

CONSIDERED:

Celgene Corp. v. Canada (Attorney General), 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 89 C.P.R. (4th) 1; *Pharmacommunications Holdings Inc. v. Avencia International Inc.*, 2008 FC 828, 67 C.P.R. (4th) 387, aff'd 2009 FCA 144, 79 C.P.R. (4th) 460, 392 N.R. 197; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Worldwide Tobacco Distribution Inc.* (2008), 73 C.P.R. (4th) 131 (F.C.).

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, 268 D.L.R. (4th) 424, 53 Admin. L.R. (4th) 1.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2010 FC 986) ordering that the proceeding initiated by the appellant seeking damages, declaratory and injunctive relief for trade-mark infringement, depreciation of goodwill and passing off under the *Trade-marks Act* proceed as an action under Part 4 of the *Federal Courts Rules*. Appeal allowed.

APPEARANCES

Peter E. J. Wells for appellant.
Trent Horne for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

McMillan LLP, Toronto, for appellant.
Bennett Jones LLP, Toronto, for respondent.

14.02 (mod. par Règl. de l'Ont. 711/89, art. 13), 14.05(2) (mod., *idem*, art. 14).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 57, 59b), 61, 169 (mod. par DORS/2004-283, art. 37), 300 (mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37), 316, 335 (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Chilian v. Augdome Corp. (1991), 2 O.R. (3d) 696, 78 D.L.R. (4th) 129, 49 C.P.C. (2d) 1 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Celgene Corp. c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Pharmacommunications Holdings Inc. c. Avencia International Inc.*, 2008 CF 828, conf. par 2009 CAF 144; *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Worldwide Tobacco Distribution Inc.* (2008), 73 C.P.R. (4th) 131 (C.F.).

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 986) ordonnant que l'instance introduite par l'appelante, qui réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation de marques de commerce, dépréciation de l'achalandage et commercialisation trompeuse en vertu de la *Loi sur les marques de commerce*, soit introduite comme s'il s'agissait d'une action conformément à la partie 4 des *Règles des Cours fédérales*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Peter E. J. Wells pour l'appelante.
Trent Horne pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McMillan LLP, Toronto, pour l'appelante.
Bennett Jones LLP, Toronto, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: The issue to be decided on this appeal is whether a claim made in the Federal Court for damages and other relief flowing from trade-mark infringement, depreciation of goodwill and passing off may be brought by way of an application made under Part 5 [rules 300–334] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (Rules). If not, it follows that such a claim can only be brought as an action under Part 4 [rules 169–299] of the *Federal Courts Rules*.

The Facts

[2] The appellant, BBM Canada, filed a notice of application in the Federal Court in which it claimed that the respondent, Research In Motion Limited, had infringed certain registered trade-marks owned by the appellant. The appellant sought damages, declaratory and injunctive relief for infringement, depreciation of goodwill and passing off and relied upon subsections 7(b) and (c) and sections 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196], 22 and 53.2 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 234] of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (Act).

[3] The respondent moved for an order dismissing the application on jurisdictional grounds, without prejudice to the right of the appellant to raise the same issues in an action. The respondent argued that the Federal Court lacked jurisdiction to decide the issues raised by BBM Canada in a proceeding commenced by notice of application.

[4] A judge of the Federal Court (Judge) ordered that the “proceeding shall proceed as an action” under Part 4 of the *Federal Courts Rules* (2010 FC 986). He further ordered that the “notice of application is hereby amended pursuant to Rule 59(b) and shall serve as a Statement of Claim”. Finally, the Judge set a schedule

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Il s’agit en l’espèce de déterminer si un recours intenté devant la Cour fédérale en vue d’obtenir des dommages-intérêts et d’autres réparations par suite d’une usurpation de marques de commerce, d’une dépréciation de l’achalandage et d’une commercialisation trompeuse, peut être introduit par voie de demande sous le régime de la partie 5 [règles 300 à 334] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles). Si tel n’est pas le cas, il s’ensuit que ce recours ne peut être introduit que sous le régime de la partie 4 [règles 169 à 299] des *Règles des Cours fédérales*.

Les faits

[2] L’appelante, BBM Canada, a déposé un avis de demande à la Cour fédérale dans lequel elle prétend que l’intimée, Research In Motion Limited, avait usuré certaines de ses marques de commerce déposées. L’appelante réclamait des dommages-intérêts, un jugement déclaratoire et une injonction pour usurpation, dépréciation de l’achalandage et commercialisation trompeuse, et, pour ce faire, s’appuyait sur les alinéas 7b) et c) et sur les articles 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196], 22 et 53.2 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 234] de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi).

[3] L’intimée a sollicité une ordonnance portant rejet de la demande pour des motifs ressortant à la compétence, sous réserve du droit de l’appelante de soulever les mêmes questions dans le cadre d’une action. L’intimée a fait valoir que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour statuer sur les questions soulevées par BBM Canada dans le cadre d’une instance introduite par un avis de demande.

[4] Un juge de la Cour fédérale (le juge) a ordonné que l’instance soit instruite comme s’il s’agissait d’une action, conformément à la partie 4 des *Règles des Cours fédérales* (2010 CF 986). Il a en outre ordonné que l’avis de requête soit modifié en vertu de l’alinéa 59b) et serve de déclaration. Enfin, le juge a fixé le délai pour le

for the filing of “an amended originating document entitled Statement of Claim” and a statement of defence, and ordered that the matter be specially managed.

The Judge’s Decision

[5] The hearing before the Judge proceeded in an unusual fashion. The Judge explains this, and his rationale for making the order under appeal, in his reasons in the following way (at paragraphs 1, 5–11):

These are the reasons for the Order issued in these proceedings on September 27, 2010. No reasons were provided at the time that the Order was granted since it was expected that the parties had essentially consented to the Order and would get on with the matter. However, I have since been advised that the Applicant has filed an appeal, therefore these reasons are provided to assist the parties and the Court that may hear the appeal.

...

I had read the materials submitted by both parties and was satisfied that these proceedings should proceed by way of an action. Rule 61(1) of this Court provides that all proceedings shall be commenced by way of an action unless, in accordance with Rule 61(4) there is specific statutory provision that a proceeding can be commenced otherwise, for instance by way of an application. An example of such a specific provision can be found in the *Copyright Act*, RSC 1985, c. C-42, section 34(4):

Summary proceedings

(4) The following proceedings may be commenced or proceeded with by way of application or action and shall, in the case of an application, be heard and determined without delay and in a summary way:

- (a) proceedings for infringement of copyright or moral rights;*
- (b) proceedings taken under section 44.1, 44.2 or 44.4; and*
- (c) proceedings taken in respect of*

dépôt d’un acte introductif d’instance modifié, intitulé Déclaration, ainsi que d’une défense, et a ordonné que l’affaire se poursuive à titre d’instance à gestion spéciale.

La décision du juge

[5] L’audience devant le juge s’est déroulée de manière inusitée. Dans ses motifs, le juge explique ce déroulement et les raisons pour lesquelles il a rendu l’ordonnance faisant l’objet de l’appel (aux paragraphes 1, 5 à 11) :

[TRADUCTION]

Voici les motifs relatifs à l’ordonnance rendue dans la présente instance le 27 septembre 2010. Aucun motif n’a été fourni à l’époque où l’ordonnance a été rendue puisqu’il était prévu que les parties avaient essentiellement consenti à l’ordonnance et qu’elles allaient faire progresser l’action. Cependant, j’ai été depuis lors informé que la demanderesse a déposé un appel; par conséquent, les présents motifs sont fournis dans le but d’aider les parties et la Cour qui pourrait instruire le pourvoi.

[...]

J’avais lu les documents présentés par les deux parties et j’estimais que la présente instance devait procéder par voie d’action. Le paragraphe (1) de la règle 61 de la Cour prévoit que toutes les poursuites doivent être introduites par voie d’action, à moins que, conformément au paragraphe (4) de cette même règle, il y ait une disposition législative spécifique qui permet à une instance d’être introduite d’une autre façon, par exemple par voie de demande. Un exemple d’une telle disposition particulière se trouve au paragraphe 34(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 :

Requête ou action

(4) Les procédures suivantes peuvent être engagées ou continuées par une requête ou une action :

- a) les procédures pour violation du droit d’auteur ou des droits moraux;*
- b) les procédures visées aux articles 44.1, 44.2 ou 44.4;*
- c) les procédures relatives aux tarifs homologués par la Commission en vertu des parties VII et VIII ou aux ententes visées à l’article 70.12.*

(i) a tariff certified by the Board under Part VII or VIII, or

(ii) agreements referred to in section 70.12.

The *Trade-Marks Act* makes specific provision for an application to be made where there has been an interim seizure of wares by Customs Officers (section 53.2) [*sic*]. Proceedings to expunge a registration of a trade-mark can be commenced by way of an action, counterclaim in an action or application (section 58). Section 55 gives the Federal Court jurisdiction to hear “*any action or proceeding*” [emphasis in original] for the enforcement of any right under the Act. This is the section that is applicable when proceedings are instituted that allege infringement and unfair competition. Section 55 specifically refers to an action. It also refers to a proceeding but, unlike the *Copyright Act*, makes no specific provision that the proceeding be commenced and conducted by way of an application.

At the hearing of the motion I expressed to Counsel for the Applicant my belief that the proceeding should be taken by way of an action where pleadings could be exchanged, including a Defence and issues defined. I asked Counsel why he wanted to proceed by way of an application. No good answer was provided. Counsel simply said that he believed that he properly could proceed by way of an application. I asked whether he believed if an application would be quicker and if so, offered to have the action case managed to see that this could be done. I asked whether he wanted an interlocutory injunction and pointed out that this could be done within an action. No response was given.

Counsel for the Respondent pointed out that the Notice of Application was very detailed and could easily be re-titled as a Statement of Claim. I asked Counsel for the Respondent whether a Defence, and counter-claim if so advanced, would be filed within a fixed period of time and he agreed that it would.

At this stage I adjourned the hearing for a few minutes to allow Counsel to draft an Order consistent with these discussions. Within a few minutes the terms of an Order in handwritten form were provided to the Registrar who provided them to me in chambers. My understanding was that the parties had consented to an Order as set out therefore the Order was typed out, signed by me and issued.

Le tribunal statue sur les requêtes sans délai et suivant une procédure sommaire.

La *Loi sur les marques de commerce* prévoit expressément qu’une demande peut être déposée lorsqu’il y a saisie provisoire de marchandises par des agents des douanes (article 53.2) [*sic*]. La procédure en radiation de l’enregistrement d’une marque de commerce peut être introduite par voie d’action, de demande reconventionnelle dans le cadre d’une action, ou de demande (article 58). L’article 55 accorde à la Cour fédérale le pouvoir de connaître de « *toute action ou procédure* » [italique dans l’original] pour l’application d’un droit conféré par la Loi. C’est la disposition qui s’applique lorsque les procédures engagées portent sur l’usurpation et la concurrence déloyale. L’article 55 fait expressément référence à une action. Il renvoie également à une procédure mais, contrairement à la *Loi sur le droit d’auteur*, il ne précise pas que la procédure doit être introduite par voie de demande.

Lors de l’audition de la requête, j’ai dit à l’avocat de la demanderesse que je croyais que la procédure devrait être introduite par voie d’action, qui permet la communication des actes de procédure, dont la défense et les questions définies. J’ai demandé à l’avocat pourquoi il voulait procéder par voie de demande. Il ne m’a donné aucune réponse valable. Il a simplement dit qu’il croyait qu’il pouvait correctement procéder de cette façon. Je lui ai demandé s’il croyait qu’il serait plus rapide de procéder par voie de demande, et si tel était le cas, s’il voulait que l’instance fasse l’objet d’une gestion pour vérifier si cela était possible. J’ai demandé s’il souhaitait une injonction interlocutoire et j’ai fait remarquer que cela pouvait se faire dans le cadre d’une action. Je n’ai obtenu aucune réponse.

L’avocat de la défenderesse a souligné que l’avis de demande était très détaillé et pouvait facilement être intitulé « Déclaration ». J’ai demandé à l’avocat de la défenderesse s’il avait l’intention de déposer une défense, et une demande reconventionnelle, le cas échéant, avant l’expiration d’un délai précis et il a convenu que ce serait le cas.

À ce stade, j’ai ajourné l’audience pendant quelques minutes pour permettre aux avocats de rédiger une ordonnance conforme à ces discussions. En quelques minutes, les modalités d’une ordonnance sous forme manuscrite ont été fournies au registraire qui me les a remises en chambre. J’avais cru comprendre que les parties avaient consenti à l’ordonnance telle qu’elle avait été établie et, par conséquent, l’ordonnance a été dactylographiée, puis je l’ai signée et délivrée.

Later that same day the Court received a letter from Counsel for the Applicant stating that his consent was only “as to form”. Believing that, in any event, the parties were content to proceed in the manner provided by the Order, I amended the Order to state that the consent was “as to form”.

The Order is consistent with my disposition of the matter, it is most appropriate to proceed by way of an action, a fixed time limit for a Defence is provided and the matter is to be case managed. [Emphasis added.]

The Standard of Review

[6] The parties did not make submissions with respect to the standard of review. To determine the applicable standard of review one must first discern the basis of the Judge’s order. Did the Judge decide the proceeding could not, as a matter of law, be commenced and continued by notice of application? Alternatively, did the Judge decide that the proceeding could be commenced either by way of application or action but that, in the exercise of his discretion, it was most appropriate for the matter to proceed by way of an action?

[7] As I read the Judge’s reasons he did conclude, at paragraphs 5 and 6 of his reasons, that proceedings that allege infringement and unfair competition cannot be commenced by notice of application because no provision of the Act requires or permits this. I reach this conclusion on the basis of the Judge’s language in paragraphs 5 and 6 of his reasons and because the motion to strike before the Judge was based solely on the ground that the Federal Court lacked jurisdiction to determine the issues before it in a proceeding commenced by notice of application.

[8] The question of whether a proceeding that alleges infringement and unfair competition may be initiated by a notice of application is a pure question of law. The Judge’s decision on this question is reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8 and 9).

Plus tard cette journée-là, la Cour a reçu une lettre de l’avocat de la demanderesse indiquant que son consentement était seulement « pour la forme ». Quoi qu’il en soit, estimant que les parties avaient accepté de procéder de la manière prévue par l’ordonnance, j’ai modifié celle-ci pour indiquer que le consentement était « pour la forme ».

L’ordonnance est compatible avec ma décision en l’espèce; il est plus approprié de procéder par voie d’action; un délai fixe pour le dépôt d’une défense est prévu et l’affaire doit faire l’objet d’une gestion de l’instance. [Non souligné dans l’original.]

La norme de contrôle

[6] Les parties n’ont fait aucune observation quant à la norme de contrôle. Pour déterminer la norme de contrôle applicable, il faut d’abord discerner le fondement de l’ordonnance rendue par le juge. Le juge a-t-il décidé que la procédure ne pouvait pas, en droit, être intentée et continuée par un avis de demande? Subsidiairement, le juge a-t-il décidé que la procédure pouvait être intentée soit par voie de demande, soit par voie d’action, mais que, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, il était plus approprié de procéder par voie d’action?

[7] Si je comprends bien les motifs du juge, celui-ci a conclu, aux paragraphes 5 et 6, que les poursuites pour usurpation et concurrence déloyale ne peuvent pas être introduites par un avis de demande, car aucune disposition de la Loi ne le prévoit ou ne l’autorise. J’arrive à cette conclusion en me fondant sur les propos formulés par le juge aux paragraphes 5 et 6 de ses motifs et parce que la requête en radiation dont il a été saisi ne reposait que sur le fait que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour statuer sur les questions dont elle était saisie dans une procédure instituée par un avis de demande.

[8] La question de savoir si une poursuite pour usurpation et concurrence déloyale peut être introduite par un avis de demande est une question de droit pur. La décision du juge sur cette question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8 et 9).

The Positions of the Parties

[9] The positions of the parties may be briefly summarized as follows.

[10] The appellant submits that prior to the enactment of the *Federal Courts Rules* in 1998, Rule 702(7) of the predecessor rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] required a proceeding such as the present one to be commenced by way of an action. This is because rule 702 [as am. by SOR/88-221, s. 9; 92-726, s. 7] stated:

Rule 702. (1) Proceedings under section 22 of the *Industrial Design Act* shall be instituted in accordance with subsection (1) of that section.

(2) Proceedings under section 23 of the *Industrial Design Act* shall be instituted by originating motion.

(3) Proceedings under subsection 57(4) of the *Copyright Act* shall be instituted by originating motion.

(4) Proceedings under paragraph 50(10)(c) of the *Trade-marks Act* shall be instituted by originating motion

(5) Proceedings under section 56 of the *Trade-marks Act* shall be instituted in accordance with subsection (2) thereof.

(6) Proceedings under section 57 of the *Trade-marks Act* shall be instituted in accordance with section 58 of that Act.

(7) An application to the Court under one of the statutes referred to in this Rule other than those to which reference has been specially made in this Rule shall be instituted by statement of claim or declaration. [Emphasis added.]

[11] However, the appellant argues, a new regime was implemented in 1998. When the relevant provisions of the Act and the Rules are read together, proceedings brought under section 53.2 of the Act may be brought either by application or by action.

Les positions des parties

[9] Les positions des parties peuvent être résumées de la façon suivante.

[10] L'appelante prétend qu'avant l'adoption des *Règles des Cours fédérales* en 1998, la Règle 702(7) de leur version antérieure [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] exigeait qu'une procédure comme en l'espèce soit introduite par voie d'action. Il en est ainsi parce que la Règle 702 [mod. par DORS/88-221, art. 9; 92-726, art. 7] énonçait ce qui suit :

Règle 702. (1) Les procédures prévues à l'article 22 de la *Loi sur les dessins industriels et les étiquettes syndicales* doivent être engagées conformément au paragraphe (1) de cet article.

(2) Les procédures prévues à l'article 23 de la *Loi sur les dessins industriels* doivent être engagées par requête introductive d'instance.

(3) Les procédures prévues au paragraphe 57(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* doivent être engagées par requête introductive d'instance.

(4) Les procédures prévues à l'alinéa 50(10)c) de la *Loi sur les marques de commerce* doivent être engagées par requête introductive d'instance.

(5) Les procédures prévues par l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* doivent être engagées en conformité du paragraphe (2) de cet article.

(6) Les procédures prévues par l'article 57 de la *Loi sur les marques de commerce* doivent être engagées en conformité de l'article 58 de cette Loi.

(7) Les demandes faites à la Cour en vertu de l'une des lois mentionnées dans la présente Règle, à l'exception des demandes faisant l'objet d'une mention spéciale dans la présente Règle, doivent être formulées par *statement of claim* ou par *déclaration*. [Non souligné dans l'original.]

[11] Cependant, selon l'appelante, un nouveau régime a été mis en œuvre en 1998. En combinant les dispositions pertinentes de la Loi et des Règles, on constate que les poursuites intentées en vertu de l'article 53.2 de la Loi peuvent être introduites soit par voie de demande, soit par voie d'action.

[12] In opposition, the respondent submits that the causes of action advanced by BBM Canada may only proceed by way of action under Part 4 of the Rules. The respondent argues that the application process is exceptional; proceedings may only be brought by application where the subject-matter of the litigation is expressly enumerated in rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37]. Nothing in the Act, or any other Act of Parliament, requires or permits proceedings for trade-mark infringement, depreciation of goodwill or passing off to be brought by way of an application.

Consideration of the Issue

i. The scheme of the Rules: actions, applications and appeals

[13] Consideration of the issue begins with the overall scheme of the Rules. Rule 61 provides that there are three modes by which a proceeding may be initiated under the Rules. Proceedings may be initiated by way of an action, an application or an appeal. Rule 61 states:

Actions	61. (1) Subject to subsection (4), a proceeding referred to in rule 169 shall be brought as an action.
Applications	(2) Subject to subsection (4), a proceeding referred to in rule 300 shall be brought as an application.
Appeals	(3) A proceeding referred to in rule 335 shall be brought as an appeal.
Exception	(4) Where by or under an Act of Parliament a person is given the option of bringing a proceeding referred to in rule 169 or 300 as either an action or an application, the person may commence the proceeding as an action or as an application.

[14] Rule 61 in turn refers to rules 169 [as am. by SOR/2004-283, s. 37], 300 and 335 [as am. *idem*], which set out the circumstances in which each initiating mode

[12] L'intimée soutient pour sa part que les causes d'action invoquées par BBM Canada ne peuvent être introduites que par voie d'action en vertu de la partie 4 des Règles. Elle fait valoir que le processus de demande est exceptionnel; les poursuites ne peuvent être introduites par voie de demande que lorsque la question en litige est expressément mentionnée à la règle 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37]. Aucune disposition de la Loi, ou de toute autre loi fédérale, ne prévoit ou ne permet qu'une procédure pour usurpation de marque de commerce, pour dépréciation de l'achalandage ou pour commercialisation trompeuse soit introduite par voie de demande.

Examen de la question

i. L'économie générale des Règles : actions, demandes et appels

[13] L'examen de la question débute par une analyse de l'économie générale des Règles. La règle 61 prévoit trois modes d'introduction d'une poursuite. Les poursuites peuvent être introduites par voie d'action, par voie de demande ou par voie d'appel. La règle 61 énonce ce qui suit :

Actions	61. (1) Sous réserve du paragraphe (4), l'instance visée à la règle 169 est introduite par voie d'action.	Actions
Applications	(2) Sous réserve du paragraphe (4), l'instance visée à la règle 300 est introduite par voie de demande.	Demandes
Appeals	(3) L'instance visée à la règle 335 est introduite par voie d'appel.	Appels
Exception	(4) Lorsque l'instance visée aux règles 169 ou 300 est engagée sous le régime d'une loi fédérale ou d'un texte d'application de celle-ci qui en permet l'introduction par voie d'action ou de demande, le demandeur peut l'introduire de l'une ou l'autre de ces façons.	Choix du demandeur

[14] La règle 61 quant à elle renvoie aux règles 169 [mod. par DORS/2004-283, art. 37], 300 et 335 [mod., *idem*], lesquelles établissent les circonstances dans

is applicable. For example, rule 335, referred to in subsection 61(3), states that Part 6 [rules 335–357] of the Rules applies to appeals to the Federal Court of Appeal from the Federal Court and the Tax Court of Canada, and also to appeals to the Court brought under an Act of Parliament. It is common ground that Part 6 of the Rules has no application to the present proceeding.

[15] At issue in the present case is the proper application of rules 169 and 300, which deal respectively with actions and applications.

ii. Rules 169 and 300

[16] Rule 169 provides:

Application **169.** This Part applies to all proceedings that are not applications or appeals, including

(a) references under section 18 of the *Citizenship Act*;

(b) applications under subsection 33(1) of the *Marine Liability Act*; and

(c) any other proceedings required or permitted by or under an Act of Parliament to be brought as an action.

[17] The scope of Part 4 of the Rules is residual. Matters not properly initiated by an application or an appeal are to be initiated by an action. As will be seen, the Rules do contemplate the situation where Parliament affords a choice to a litigant of proceeding either by way of application or action. Paragraph 169(c) clarifies that where Parliament has afforded such a choice, a proceeding may be initiated by way of an action.

[18] It follows from the wording of rule 169 and the residual nature of Part 4 of the Rules that the issue to be determined in the present case depends upon the

lesquelles chaque mode introductif est applicable. Par exemple, la règle 335, à laquelle renvoie le paragraphe 61(3), énonce que la partie 6 [règles 335 à 357] des Règles s'applique aux appels des ordonnances de la Cour fédérale et aux appels des décisions de la Cour canadienne de l'impôt interjetés devant la Cour d'appel fédérale, ainsi qu'aux appels interjetés devant la Cour en vertu d'une loi fédérale. Il est bien établi que la partie 6 des Règles ne s'applique aucunement à la présente instance.

[15] Le présent litige porte sur l'application correcte des règles 169 et 300, lesquelles traitent respectivement d'actions et de demandes.

ii. Les règles 169 et 300

[16] La règle 169 prévoit ce qui suit :

Application **169.** La présente partie s'applique aux instances, autres que les demandes et les appels, et notamment :

a) aux renvois visés à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*;

b) aux demandes faites en vertu du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*;

c) aux instances introduites par voie d'action sous le régime d'une loi fédérale ou de ses textes d'application.

[17] La portée de la partie 4 est résiduelle. Les affaires qui ne sont pas dûment introduites par voie de demande ou par voie d'appel doivent l'être par voie d'action. Comme on peut le constater, les Règles prévoient la situation où le législateur accorde au plaideur le choix d'introduire l'instance par voie de demande ou d'action. L'alinéa 169c) précise que lorsque le législateur accorde cette possibilité, la poursuite peut être introduite par voie d'action.

[18] Il découle du libellé de la règle 169 et de la nature résiduelle de la partie 4 des Règles que la question à déterminer en l'espèce dépend de la portée et de

proper scope and application of rule 300 and Part 5 of the Rules.

[19] Rule 300 states:

Application

300. This Part applies to

(a) applications for judicial review of administrative action, including applications under section 18.1 or 28 of the Act, unless the Court directs under subsection 18.4(2) of the Act that the application be treated and proceeded with as an action;

(b) proceedings required or permitted by or under an Act of Parliament to be brought by application, motion, originating notice of motion, originating summons or petition or to be determined in a summary way, other than applications under subsection 33(1) of the *Marine Liability Act*;

(c) appeals under subsection 14(5) of the *Citizenship Act*;

(d) appeals under section 56 of the *Trade-marks Act*;

(e) references from a tribunal under rule 320;

(f) requests under the Commercial Arbitration Code brought pursuant to subsection 324(1);

(g) proceedings transferred to the Court under subsection 3(3) or 5(3) of the *Divorce Act*; and

(h) applications for registration, recognition or enforcement of a foreign judgment brought under rules 327 to 334. [Emphasis added.]

[20] For the purpose of this appeal, the only relevant portion of rule 300 is paragraph (b). This, in turn, requires determination of the following question: is the proceeding at issue one that is required or permitted

l'application véritables de la règle 300 et de la partie 5 des Règles.

[19] La règle 300 dispose ce qui suit :

300. La présente partie s'applique :

Application

a) aux demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives, y compris les demandes présentées en vertu des articles 18.1 ou 28 de la Loi, à moins que la Cour n'ordonne, en vertu du paragraphe 18.4(2) de la Loi, de les instruire comme des actions;

b) aux instances engagées sous le régime d'une loi fédérale ou d'un texte d'application de celle-ci qui en prévoit ou en autorise l'introduction par voie de demande, de requête, d'avis de requête introductive d'instance, d'assignation introductive d'instance ou de pétition, ou le règlement par procédure sommaire, à l'exception des demandes faites en vertu du paragraphe 33(1) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*;

c) aux appels interjetés en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*;

d) aux appels interjetés en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*;

e) aux renvois d'un office fédéral en vertu de la règle 320;

f) aux demandes présentées en vertu du Code d'arbitrage commercial qui sont visées au paragraphe 324(1);

g) aux actions renvoyées à la Cour en vertu des paragraphes 3(3) ou 5(3) de la *Loi sur le divorce*;

h) aux demandes pour l'enregistrement, la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement étranger visées aux règles 327 à 334. [Non souligné dans l'original.]

[20] Pour les besoins du présent appel, seul l'alinéa 300b) est pertinent. Il faut donc répondre à la question suivante : l'instance en litige en est-elle une dont la Loi en prévoit ou en autorise l'introduction par voie de

(“*prévoit ou en autorise*”) by the Act to be brought by application? If so, the proceeding at issue could properly be commenced by application.

iii. What does the Act require or permit?

[21] Sections 52 to 61 [ss. 52 “court” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 234), “duties” (as am. *idem*), “Minister” (as am. *idem*; 2005, c. 38, s. 145), “release” (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 234), 53 (as am. *idem*), 53.1 (as enacted *idem*), 53.2 (as enacted *idem*), 53.3 (as enacted *idem*), 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 (as am. *idem*, ss. 235, 236, 238), 61 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 177)] of the Act fall under the heading “Legal Proceedings.” It is from these provisions that Parliament’s intent with respect to the initiation of legal proceedings brought under the Act must be ascertained.

[22] It is well established that statutory interpretation requires consideration of the ordinary meaning of the words used and their statutory context. This was explained by the Supreme Court in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10 and reiterated in *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paragraph 21. In that case the Supreme Court quoted from and commented on *Canada Trustco* as follows:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read 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”: see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole. [Paragraph 10.]

demande? Si tel est le cas, l’instance en litige pourrait être dûment introduite par voie de demande.

iii. Qu’est-ce que la Loi prévoit ou autorise?

[21] Les articles 52 à 61 [art. 52 « dédouanement » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 234), « droits » (mod., *idem*), « ministre » (mod., *idem*; 2005, ch. 38, art. 145), « tribunal » (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 234), 53 (mod., *idem*), 53.1 (édicte, *idem*), 53.2 (édicte, *idem*), 53.3 (édicte, *idem*), 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 (mod., *idem*, art. 235, 236, 238), 61 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 177)] de la Loi sont regroupés sous la rubrique « Procédures judiciaires ». C’est à partir de ces dispositions qu’il faut déterminer l’intention du législateur quant à l’introduction d’une instance sous le régime de la Loi.

[22] Il est bien établi que l’interprétation des lois consiste à examiner le sens ordinaire des mots et le contexte législatif dans lequel ils s’inscrivent. La Cour suprême a expliqué cette approche dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, et l’a reprise dans l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 21. Dans cette cause, la Cour suprême a cité et analysé le passage suivant tiré de l’arrêt *Hypothèques Trustco* :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi 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 » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux. [Paragraphe 10.]

The words, if clear, will dominate; if not, they yield to an interpretation that best meets the overriding purpose of the statute. [Emphasis added.]

S'il est clair, le libellé prévaut; sinon, il cède le pas à l'interprétation qui convient le mieux à l'objet prédominant de la loi. [Non souligné dans l'original.]

iv. The statutory text and context

iv. Le texte de la loi et le contexte

[23] The present proceeding is said to be brought pursuant to section 53.2 of the Act. Section 53.2 allows a court to grant relief where the Act has been violated. It provides:

[23] La présente instance serait fondée sur l'article 53.2 de la Loi. L'article 53.2 permet au tribunal d'accorder un redressement lorsqu'il y a eu violation de la Loi. Il prévoit ce qui suit :

Power of court to grant relief

53.2 Where a court is satisfied, on application of any interested person, that any act has been done contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, including an order providing for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits and for the destruction, exportation or other disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith. [Emphasis added.]

53.2 Lorsqu'il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées, notamment pour réparation par voie d'injonction ou par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, pour l'imposition de dommages punitifs, ou encore pour la disposition par destruction, exportation ou autrement des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard. [Non souligné dans l'original.]

Pouvoir du tribunal d'accorder une réparation

[24] This provision is silent as to how such proceedings are to be initiated. While the section does refer to the “application of any interested person” (*demande de toute personne intéressée*) for the reasons set out below I agree with the respondent that, in this context, the word “application” is used in the sense of a formal request and not in the sense of a legal proceeding commenced by a notice of application. Because section 53.2 is silent on how proceedings contemplated by this section are to be initiated, regard must be had to the statutory context in order to determine Parliament’s intent. The intention to be given is the one that “best meets the overriding purpose” of the Act (*Celgene*, at paragraph 21).

[24] Cette disposition est muette quant à la façon dont cette procédure peut être introduite. Alors que l'article renvoie à une « demande de toute personne intéressée » (*application of any interested person*), pour les motifs énoncés ci-dessous, je suis d'accord avec l'intimée que, dans le présent contexte, le mot « demande » est utilisé au sens d'une demande en bonne et due forme et non au sens d'une instance introduite par la production d'un avis de demande. Étant donné que l'article 53.2 est muet quant à la façon dont l'instance visée par cet article doit être introduite, il faut considérer le contexte législatif afin de déterminer l'intention du législateur. Cette intention sera celle qui « convient le mieux à l'objet prédominant de la loi » (*Celgene*, au paragraphe 21).

[25] Turning to the statutory context, sections 52 to 61 of the Act are set out in the Appendix to these reasons. The following points describe the statutory context provided by those provisions:

[25] Pour ce qui est du contexte législatif, je signale que les articles 52 à 61 de la Loi ont été reproduits en annexe des présents motifs. Les paragraphes qui suivent décrivent le contexte législatif établi par ces dispositions :

1. Section 52 contains definitions applicable to sections 53 to 53.2 of the Act. “Court” is defined to mean the Federal Court or the superior court of a province. It

1. L'article 52 énonce certaines définitions qui s'appliquent aux articles 53 à 53.2 de la Loi. Le mot « tribunal » s'entend de la Cour fédérale ou de la cour supérieure

follows that sections 53 to 53.2 of the Act must be read in the context that Parliament intended that proceedings referenced in these sections could be brought in various courts, each potentially with distinct rules of procedure. None of the other defined terms are relevant to the present issue.

2. Section 53 allows proceedings for the interim custody of wares to be brought “on application of any interested person” where the distribution of the wares would be contrary to the Act. Subsection 53(5) gives guidance as to how such an application is to be made. It “may be made in an action or otherwise, and either on notice or *ex parte*.”

3. Section 53.1 allows a proceeding to be brought “on application by the owner of a registered trade-mark” directing the relevant minister to detain wares. Subsection 53.1(2) directs that such a proceeding “may be made in an action or otherwise, and either on notice or *ex parte*, except that it must always be made on notice to the Minister.”

4. Section 53.2, relied upon by the appellant, allows a court to grant relief where it is satisfied that any act has been done contrary to the Act. While the provision gives a non-exhaustive list of remedies that may be awarded, the provision is silent about how such a proceeding may be initiated.

5. Section 55 of the Act confirms the jurisdiction of the Federal Court “to entertain any action or proceeding for the enforcement of any of the provisions of this Act or of any right or remedy conferred or defined thereby.” This contemplates that proceedings may be commenced in the Federal Court both by action or application. It does not limit the Court’s jurisdiction to proceedings brought by an action.

6. Section 56 provides for an appeal to the Federal Court from any decision of the Registrar. Subsection 56(2) specifies that any appeal shall be made by notice of appeal. That said, paragraph 300(d) states that Part 5

d’une province. Il s’ensuit que les articles 53 à 53.2 de la Loi doivent être lus en tenant compte de l’intention du législateur qui voulait que les procédures dont il est question dans ces dispositions puissent être intentées devant divers tribunaux, chacun pouvant avoir des règles de procédure qui lui sont propres. Aucun des autres termes définis n’est pertinent pour la présente affaire.

2. L’article 53 autorise la rétention provisoire de marchandises faisant l’objet de contraventions « sur demande de toute personne intéressée » lorsque la distribution des marchandises serait contraire à la Loi. Le paragraphe 53(5) donne des indications quant à la présentation de la demande. Celle-ci « peut être faite dans une action ou autrement, et soit sur avis, soit *ex parte* ».

3. L’article 53.1 autorise le tribunal, « sur demande du propriétaire d’une marque de commerce », à ordonner au ministre visé de détenir les marchandises. Le paragraphe 53.1(2) prévoit que cette demande « est faite dans une action ou toute autre procédure, sur avis adressé au ministre et, pour toute autre personne, soit sur avis, soit *ex parte* ».

4. L’article 53.2, invoqué par l’appelante, permet au tribunal d’accorder une réparation lorsqu’il est convaincu qu’un acte a été accompli contrairement à la Loi. La disposition donne une liste non exhaustive des réparations pouvant être accordées, mais elle ne donne aucune indication quant à la façon d’introduire la procédure.

5. L’article 55 de la Loi confirme la compétence de la Cour fédérale, c’est-à-dire qu’elle peut « connaître de toute action ou procédure en vue de l’application de la présente loi ou d’un droit ou recours conféré ou défini par celle-ci ». Cela signifie que l’instance peut être introduite devant la Cour fédérale par voie d’action ou par voie de demande. La disposition ne limite pas la compétence de la Cour aux instances introduites par voie d’action.

6. L’article 56 prévoit qu’il peut être interjeté appel à la Cour fédérale d’une décision rendue par le registraire. Le paragraphe 56(2) précise que l’appel est interjeté au moyen d’un avis d’appel. Cela dit, l’alinéa 300(d) énonce

of the Rules, the application procedure, applies to appeals under section 56 of the Act.

7. Section 57 confirms the exclusive jurisdiction of the Federal Court to order that any entry in the register be struck out or amended. Section 58 provides that such application shall be made by way of an originating notice of motion (now known as a notice of application), by counter-claim in an action for the infringement of the trade-mark or by statement of claim in an action claiming additional relief. This evidences an intent to allow a party seeking to strike out or amend an entry in the register to have a choice as to how the proceeding may be initiated: on application or by action where additional relief is sought.

[26] From this context, the following conclusions may be drawn:

1. The phrase “on application” used throughout sections 53, 53.1, 53.2 and 57 should be read in the sense of a formal request and not in the sense of proceeding initiated by a notice of application. This conclusion follows from the fact that sections 53, 53.1 and 57 (when read with section 58) contemplate “applications” being brought by way of actions. Reading the phrase “on application” as referring to a proceeding initiated by way of a notice of application would be contrary to the express provisions of sections 53, 53.1 and 57 (when read with section 58).

2. This part of the Act details four specific types of proceedings that may be commenced:

- a. proceedings for interim custody under section 53;
- b. proceedings for detention by the minister under section 53.1;
- c. appeals from decisions of the Registrar under section 56;

que la partie 5 des Règles, qui se rapporte aux demandes, s’applique aux appels interjetés en vertu de l’article 56 de la Loi.

7. L’article 57 confirme la compétence exclusive de la Cour fédérale pour ordonner qu’une inscription au registre soit biffée ou modifiée. L’article 58 prévoit que cette demande est faite au moyen d’un avis de requête (maintenant appelé « avis de demande »), par une demande reconventionnelle dans une action pour usurpation de la marque de commerce ou par un exposé de réclamation dans une action demandant un redressement additionnel. Cela témoigne de l’intention de permettre à une partie demandant la radiation ou la modification d’une inscription au registre de choisir le mode d’introduction de l’instance, à savoir par voie de demande ou d’action si un redressement additionnel est demandé.

[26] Compte tenu de ce contexte, les conclusions suivantes peuvent être tirées :

1. L’expression « sur demande » aux articles 53, 53.1, 53.2 et 57 devrait s’entendre d’une demande en bonne et due forme et non d’une instance introduite par la production d’un avis de demande. Cette conclusion découle du fait que les articles 53, 53.1 et 57 (lorsqu’ils sont lus avec l’article 58) prévoient que des « demandes » puissent être introduites par voie d’action. Interpréter l’expression « sur demande » comme s’entendant d’une instance introduite au moyen d’un avis de demande irait à l’encontre des dispositions expresses des articles 53, 53.1 et 57 (lorsqu’ils sont lus avec l’article 58).

2. Cette partie de la Loi décrit quatre types particuliers de procédures pouvant être intentées :

- a. rétention provisoire de marchandises faisant l’objet de contraventions, en vertu de l’article 53;
- b. ordonnance visant le ministre, en vertu de l’article 53.1;
- c. appel des décisions du registraire, en vertu de l’article 56;

d. proceedings to strike out or amend entries in the register under sections 57 and 58.

The Act and the Rules expressly specify the routes available for instituting these four proceedings.

3. Section 53.2 of the Act confers a broader remedial power, allowing courts to make any order considered appropriate where satisfied that “any act has been done contrary to this Act”. In this case, the Act is silent as to how such proceedings are to be initiated.

[27] How is such silence to be interpreted? By its silence did Parliament intend that proceedings claiming relief as a result of actions contrary to the Act were permitted to be brought either by application or action? Alternatively, by its silence did Parliament intend that such proceedings could only be brought by way of action? The interpretation to be selected is the one that meets the overriding purpose of the statute.

[28] The Act serves two purposes: to protect consumers and to facilitate the effective branding of goods (see *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraphs 21 to 23). The purpose of that portion of the Act that follows under the heading “Legal Proceedings” is to provide legal redress for violations of the Act. In my view, the purpose of the Act in general, and the “Legal Proceedings” section in particular, is best met by an interpretation that promotes access to the courts that is as expeditious and proportionate as possible. To facilitate expeditious and proportionate access to justice, section 53.2 of the Act should be interpreted as permitting proceedings to be brought either by application or by action. This would allow access in an appropriate case to the more summary application process. Nothing in the wording of the Act precludes this interpretation.

[29] I also find support for this interpretation in *Chilian v. Augdome Corp.* (1991), 2 O.R. (3d) 696, a decision of the Ontario Court of Appeal. At issue in

d. radiation ou modification d’entrées au registre, en vertu des articles 57 et 58.

La Loi et les Règles prévoient expressément les voies possibles pour intenter ces quatre procédures.

3. L’article 53.2 de la Loi confère un pouvoir général de réparation, autorisant le tribunal à rendre les ordonnances qu’il juge indiquées lorsqu’il est convaincu qu’« un acte a été accompli contrairement à la présente loi ». Dans ce cas, la Loi ne précise pas comment l’instance doit être introduite.

[27] Comment ce silence doit-il être interprété? Par son silence, le législateur voulait-il que les poursuites intentées en vue d’obtenir réparation par suite d’actes accomplis contrairement à la Loi puissent être introduites par voie de demande ou par voie d’action? Subsidiairement, par son silence, le législateur voulait-il que ces poursuites ne puissent être intentées que par voie d’action? L’interprétation qui devra être choisie est celle qui satisfait à l’objet prédominant de la Loi.

[28] La Loi vise deux objets : protéger les consommateurs et faciliter le choix d’une marque de commerce pour des produits (voir *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, aux paragraphes 21 à 23). La partie de la Loi qui s’intitule « Procédures judiciaires » a pour objet de procurer un redressement par suite de violations de la Loi. À mon avis, une interprétation qui favorise l’accès aux tribunaux d’une manière aussi rapide et proportionnée que possible permet de satisfaire davantage à l’objet de la Loi dans son ensemble et à celui de la partie intitulée « Procédures judiciaires » en particulier. Pour faciliter un accès rapide et proportionné aux tribunaux, l’article 53.2 de la Loi devrait être interprété de sorte à permettre que les procédures soient introduites par voie de demande ou par voie d’action. Il serait ainsi possible, dans les cas appropriés, d’accéder au processus plus sommaire au moyen d’une demande. Rien dans le libellé de la Loi n’empêche cette interprétation.

[29] La décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Chilian v. Augdome Corp.* (1991), 2 O.R. (3d) 696, étaye également cette interprétation. La question en litige

Chilian was whether a proceeding seeking relief under section 247 of the *Business Corporations Act, 1982*, S.O. 1982, c. 4 (the oppression remedy) should have been commenced by application, not action. Section 247 allowed various entities to “apply to the court for an order under this section.” The applicable rules of court were rule 14.02 (as am. by O. Reg. 711/89, s. 13) and subrule 14.05(2) (as am. by O. Reg. 711/89, s. 14) [*Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84] which provided:

14.02 Every proceeding in the court shall be by action, except where a statute or these rules provide otherwise.

...

14.05 ...

(2) A proceeding may be commenced by an application to the Ontario Court (General Division) or to a judge of that court, if a statute so authorizes.

[30] Thus, the applicable rules before the Court in *Chilian* were similar to the relevant rules of the Federal Court.

[31] At page 710 of its reasons the Ontario Court of Appeal concluded that “where a statute merely enables a person to ‘apply’ to a court for specified relief, the law does not mandate one particular form of proceeding — application or action.” Where neither form of proceeding is mandated, either is permitted. Parenthetically, I note that following *Chilian*, proceedings for infringement can be commenced by notice of application in Ontario.

[32] In reaching the conclusion that proceedings claiming relief for violation of the Act may be brought either by way of action or application I have considered the respondent’s argument that this interpretation renders section 58 and subsections 53(5) and 53.1(2) redundant. In my view, the specific procedural choices offered in subsections 53(5) and 53.1(2) of the Act were inserted for greater certainty so as to ensure that in every

dans *Chilian* était de savoir si une poursuite intentée en vue d’obtenir réparation, en vertu de l’article 247 de la *Business Corporations Act, 1982*, S.O. 1982, ch. 4 (recours en cas d’abus), aurait dû être introduite par voie de demande, et non par voie d’action. L’article 247 permettait à diverses entités de « présenter une requête au tribunal en vue d’obtenir une ordonnance aux termes du présent article ». Les règles de procédure applicables étaient la règle 14.02 (mod. par Règl. de l’Ont. 711/89, art. 13) et le paragraphe 14.05(2) (mod. par Règl. de l’Ont. 711/89, art. 14) [*Règles de Procédure Civile*, Règl. de l’Ont. 560/84] qui prévoient ce qui suit :

14.02 Sauf disposition contraire d’une loi ou des présentes règles, les instances sont introduites devant le tribunal par voie d’action.

[...]

14.05 [...]

(2) Une instance peut être introduite par requête à la Cour de l’Ontario (Division générale) ou à un de ses juges, si une loi l’autorise.

[30] Par conséquent, les règles applicables devant la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Chilian* étaient semblables aux règles pertinentes de la Cour fédérale.

[31] À la page 710 des motifs, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu que [TRADUCTION] « si une loi autorise simplement une personne à “ présenter ” une requête à un tribunal en vue d’obtenir une réparation définie, aucune forme particulière de procédure n’est prescrite — demande ou action ». Si ni l’une ni l’autre de ces procédures n’est obligatoire, l’une et l’autre sont autorisées. Incidemment, je note que, suivant l’arrêt *Chilian*, l’action pour usurpation peut être introduite par avis de demande en Ontario.

[32] Pour conclure que la poursuite visant à obtenir une réparation par suite d’une violation de la Loi peut être introduite par voie d’action ou de demande, j’ai tenu compte de l’argument de l’intimée selon lequel cette interprétation rend redondants l’article 58 et les paragraphes 53(5) et 53.1(2). À mon avis, les choix procéduraux particuliers offerts aux paragraphes 53(5) et 53.1(2) de la Loi ont été ajoutés afin qu’une procédure

jurisdiction an expeditious procedure would be available for proceedings that may well be of an urgent and time-sensitive nature. The specific procedures detailed in subsection 56(2) and section 58 of the Act relate to proceeding solely within the jurisdiction of the Federal Court and establish procedures relevant to specific statutory remedies for challenging decisions of the Registrar or entries in the register. Interpreting section 53.2 of the Act to allow proceedings to be brought either by application or action does not render those provisions redundant.

[33] Finally, I have considered the respondent's submission that proceedings for trade-mark infringement, depreciation of goodwill and passing off are too complex to be determined by application. There are two responses to this submission.

[34] First, not all such proceedings are so complex that they are not amenable to determination by application. This is evidenced by *Pharmacommunications Holdings Inc. v. Avencia International Inc.*, 2008 FC 828, 67 C.P.R. (4th) 387, aff'd 2009 FCA 144, 79 C.P.R. (4th) 460. There, an applicant moved by way of application for a declaration and a permanent injunction in respect of its claim that the respondent had engaged in statutory passing off. The matter proceeded to conclusion without any apparent objection that the application had been improperly commenced.

[35] Second, the fact that a litigant may generally choose to proceed by way of action or application does not mean that every case is amenable to adjudication by application. In any particular case, circumstances such as the relief sought, the extent credibility is in issue or the need for discovery may make it inappropriate for a proceeding to be commenced by application. In light of this, motions may be brought challenging the appropriateness of proceeding by application. For example, without deciding the point, it may be possible to move for an order converting an application to an action. See, for example, *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Worldwide Tobacco Distribution Inc.* (2008), 73 C.P.R. (4th) 131 (F.C.) where an application brought

expéditive soit offerte dans tous les ressorts pour les affaires de nature urgente ou dépendantes du facteur temps. Les procédures particulières détaillées au paragraphe 56(2) et à l'article 58 de la Loi se rapportent aux poursuites relevant uniquement de la compétence de la Cour fédérale et s'attachent aux recours particuliers prévus par la loi pour contester les décisions du registraire ou les inscriptions au registre. Une interprétation de l'article 53.2 de la Loi qui autorise les instances introduites par voie de demande ou par voie d'action ne rend pas ces dispositions redondantes.

[33] Enfin, j'ai examiné l'argument de l'intimée selon lequel les affaires d'usurpation de marque de commerce, de dépréciation de l'achalandage et de commercialisation trompeuse sont trop complexes pour être tranchées au moyen d'une demande. Il existe deux réponses à cet argument.

[34] Premièrement, ces affaires ne sont pas toutes complexes au point qu'il ne soit pas possible de les trancher au moyen d'une demande. Cela ressort clairement de la décision *Pharmacommunications Holdings Inc. c. Avencia International Inc.*, 2008 CF 828, confirmée par 2009 CAF 144, où le demandeur a procédé par voie de demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire et une injonction permanente, alors qu'il alléguait que l'intimée s'était livrée à une imitation frauduleuse contraire à la loi. L'affaire a été tranchée sans qu'il ne soit véritablement opposé que la demande avait été présentée de manière inappropriée.

[35] Deuxièmement, le fait qu'une partie à un litige peut généralement choisir de procéder au moyen d'une action ou d'une demande ne signifie pas que toutes les poursuites peuvent être tranchées dans le cadre d'une demande. Dans un cas donné, les circonstances telles que la réparation demandée, la mesure dans laquelle la crédibilité est en cause ou la nécessité d'un interrogatoire préalable peuvent faire en sorte qu'il soit inapproprié d'intenter une procédure par voie de demande. Ainsi, des requêtes pourraient être déposées en vue de contester le bien-fondé d'une procédure introduite par voie de demande. Par exemple, sans me prononcer sur ce point, il serait possible de demander une ordonnance convertissant une demande en action. Voir, par

under section 34 [as am. by S.C. 1997, c. 24, s. 20] of the *Copyright Act* [R.S.C., 1985, c. C-42], cited in the reasons of the Judge, was ordered to proceed as an action. Motions may also be brought under rule 316. While rule 57 provides that an originating document shall not be set aside only because a different originating document should have been used, there may be, at the least, cost consequences for choosing an inappropriate originating document.

Conclusion

[36] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the amended order of the Federal Court dated September 27, 2010 (except insofar as it orders this matter to be referred to case management), and dismiss the motion of the respondent Research In Motion Limited for an order dismissing the application for lack of jurisdiction. As the appellant has not asked for costs, none should be awarded. Because the issue of the appropriateness of this particular matter proceeding by way of application has not been addressed, I would clarify that this disposition does not preclude the respondent from later moving for such relief as may be required as a result of the proceeding being commenced by way of application.

SHARLOW J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

APPENDIX

Sections 52 to 61 of the *Trade-marks Act* are as follows:

Definitions **52.** In sections 53 to 53.3,

exemple, *Havana House Cigar & Tobacco Merchants Ltd. v. Worldwide Tobacco Distribution Inc.* (2008), 73 C.P.R. (4th) 131 (C.F.) où il a été ordonné qu'une demande fondée sur l'article 34 [mod. par L.C. 1997, ch. 24, art. 20] de la *Loi sur le droit d'auteur* [L.R.C. (1985), ch. C-42], cité dans les motifs, soit instruite comme une action. Des requêtes peuvent également être présentées en vertu de l'article 316 des Règles. Même si la règle 57 des Règles prévoit qu'un acte introductif d'instance ne doit pas être annulé du simple fait que l'instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d'instance, le fait de choisir un acte introductif d'instance inapproprié peut entraîner à tout le moins des conséquences quant aux frais.

Conclusion

[36] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'annuler l'ordonnance modifiée de la Cour fédérale datée du 27 septembre 2010 (sauf en ce qui concerne la gestion de l'instance) et de rejeter la requête présentée par l'intimée Research In Motion Limited en vue d'obtenir une ordonnance portant rejet de la demande relative à l'absence de compétence. Comme l'appelante n'a pas demandé les dépens, aucuns dépens ne seront adjugés. Étant donné que la question de la pertinence de procéder au moyen d'une demande dans le cadre de la présente instance n'a pas été tranchée, je préciserais que la présente décision n'empêche pas l'intimée de chercher plus tard à remédier au fait que l'instance a été introduite par voie de demande.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEXE

Les articles 52 à 61 de la *Loi sur les marques de commerce* se lisent comme suit :

52. Les définitions qui suivent s'appliquent Définitions
aux articles 53 à 53.3.

“court” « tribunal »	“court” means the Federal Court or the superior court of a province;	« dédouanement » S’entend au sens de la <i>Loi sur les douanes</i> .	« dédouanement » “release”
“duties” « droits »	“duties” has the same meaning as in the <i>Customs Act</i> ;	« droits » S’entend au sens de la <i>Loi sur les douanes</i> .	« droits » “duties”
“Minister” « ministre »	“Minister” means the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness;	« ministre » Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.	« ministre » “Minister”
“release” « dédouanement »	“release” has the same meaning as in the <i>Customs Act</i> .	« tribunal » La Cour fédérale ou la cour supérieure d’une province.	« tribunal » “court”
Proceedings for interim custody	53. (1) Where a court is satisfied, on application of any interested person, that any registered trade-mark or any trade-name has been applied to any wares that have been imported into Canada or are about to be distributed in Canada in such a manner that the distribution of the wares would be contrary to this Act, or that any indication of a place of origin has been unlawfully applied to any wares, the court may make an order for the interim custody of the wares, pending a final determination of the legality of their importation or distribution in an action commenced within such time as is prescribed by the order.	53. (1) S’il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu’une marque de commerce déposée ou un nom commercial a été appliqué à des marchandises importées au Canada ou qui sont sur le point d’être distribuées au Canada de telle façon que la distribution de ces marchandises serait contraire à la présente loi, ou qu’une indication de lieu d’origine a été illégalement appliquée à des marchandises, le tribunal peut rendre une ordonnance décrétant la rétention provisoire des marchandises, en attendant un prononcé final sur la légalité de leur importation ou distribution, dans une action intentée dans le délai prescrit par l’ordonnance.	Rétention provisoire de marchandises faisant l’objet de contraventions
Security	(2) Before making an order under subsection (1), the court may require the applicant to furnish security, in an amount fixed by the court, to answer any damages that may by reason of the order be sustained by the owner, importer or consignee of the wares and for any amount that may become chargeable against the wares while they remain in custody under the order.	(2) Avant de rendre une ordonnance sous le régime du paragraphe (1), le tribunal peut exiger du demandeur qu’il fournisse une garantie, au montant fixé par le tribunal, destinée à répondre de tous dommages que le propriétaire, l’importateur ou le consignataire des marchandises peut subir en raison de l’ordonnance, et couvrant tout montant susceptible de devenir imputable aux marchandises pendant qu’elles demeurent sous rétention selon l’ordonnance.	Garantie
Lien for charges	(3) Where, by the judgment in any action under this section finally determining the legality of the importation or distribution of the wares, their importation or distribution is forbidden, either absolutely or on condition, any lien for charges against them that arose prior to the date of an order made under this section has effect only so far as may be consistent with the due execution of the judgment.	(3) Lorsque, aux termes du jugement dans une action intentée aux termes du présent article déterminant de façon définitive la légalité de l’importation ou de la distribution des marchandises, l’importation ou la distribution en est interdite soit absolument, soit de façon conditionnelle, un privilège couvrant des charges contre ces marchandises ayant pris naissance avant la date d’une ordonnance rendue sous le régime du présent article n’a d’effet que dans la mesure compatible avec l’exécution du jugement.	Privilège pour charges
Prohibition of imports	(4) Where in any action under this section the court finds that the importation is or the distribution would be contrary to this Act, it may make	(4) Lorsque, au cours de l’action, le tribunal trouve que cette importation est contraire à la présente loi, ou que cette distribution serait	Importations interdites

	an order prohibiting the future importation of wares to which the trade-mark, trade-name or indication of origin has been applied.	contraire à la présente loi, il peut rendre une ordonnance prohibant l'importation future de marchandises auxquelles a été appliquée cette marque de commerce, ce nom commercial ou cette indication de lieu d'origine.	
How application made	(5) An application referred to in subsection (1) may be made in an action or otherwise, and either on notice or <i>ex parte</i> .	(5) La demande prévue au paragraphe (1) peut être faite dans une action ou autrement, et soit sur avis, soit <i>ex parte</i> .	Demandes
Limitation	(6) No proceedings may be taken under subsection (1) for the interim custody of wares by the Minister if proceedings for the detention of the wares by the Minister may be taken under section 53.1.	(6) Dans le cas où une procédure peut être engagée en vertu de l'article 53.1 pour la détention de marchandises par le ministre, il n'est pas possible d'intenter l'action prévue au paragraphe (1) pour la rétention provisoire par le Ministre.	Restriction
Proceedings for detention by Minister	53.1 (1) Where a court is satisfied, on application by the owner of a registered trade-mark, that any wares to which the trade-mark has been applied are about to be imported into Canada or have been imported into Canada but have not yet been released, and that the distribution of the wares in Canada would be contrary to this Act, the court may make an order (a) directing the Minister to take reasonable measures, on the basis of information reasonably required by the Minister and provided by the applicant, to detain the wares; (b) directing the Minister to notify the applicant and the owner or importer of the wares, forthwith after detaining them, of the detention and the reasons therefor; and (c) providing for such other matters as the court considers appropriate.	53.1 (1) S'il est convaincu, sur demande du propriétaire d'une marque de commerce, que des marchandises auxquelles a été appliquée une marque de commerce sont sur le point d'être importées au Canada ou ont été importées au Canada sans être dédouanées et que la distribution de ces marchandises serait contraire à la présente loi, le tribunal peut : a) ordonner au ministre de prendre, sur la foi de renseignements que celui-ci a valablement exigés du demandeur, toutes mesures raisonnables pour détenir les marchandises; b) ordonner au ministre d'aviser sans délai le demandeur et le propriétaire ou l'importateur des marchandises de leur détention en mentionnant ses motifs; c) prévoir, dans l'ordonnance, toute autre mesure qu'il juge indiquée.	Ordonnance visant le ministre
How application made	(2) An application referred to in subsection (1) may be made in an action or otherwise, and either on notice or <i>ex parte</i> , except that it must always be made on notice to the Minister.	(2) La demande est faite dans une action ou toute autre procédure, sur avis adressé au ministre et, pour toute autre personne, soit sur avis, soit <i>ex parte</i> .	Demande
Court may require security	(3) Before making an order under subsection (1), the court may require the applicant to furnish security, in an amount fixed by the court, (a) to cover duties, storage and handling charges, and any other amount that may become chargeable against the wares; and	(3) Avant de rendre l'ordonnance, le tribunal peut obliger le demandeur à fournir une garantie, d'un montant déterminé par le tribunal, en vue de couvrir les droits, les frais de transport et d'entreposage, et autres ainsi que les dommages que peut subir, du fait de l'ordonnance, le propriétaire, l'importateur ou le consignataire des marchandises.	Garantie

	(b) to answer any damages that may by reason of the order be sustained by the owner, importer or consignee of the wares.		
Application for directions	(4) The Minister may apply to the court for directions in implementing an order made under subsection (1).	(4) Le ministre peut s'adresser au tribunal pour obtenir des instructions quant à l'application de l'ordonnance.	Demande d'instructions
Minister may allow inspection	(5) The Minister may give the applicant or the importer of the detained wares an opportunity to inspect them for the purpose of substantiating or refuting, as the case may be, the applicant's claim.	(5) Le ministre peut donner au demandeur ou à l'importateur la possibilité d'inspecter les marchandises en détention afin de justifier ou de réfuter les prétentions du demandeur.	Permission du ministre d'inspecter
Where applicant fails to commence an action	(6) Unless an order made under subsection (1) provides otherwise, the Minister shall, subject to the <i>Customs Act</i> and to any other Act of Parliament that prohibits, controls or regulates the importation or exportation of goods, release the wares without further notice to the applicant if, two weeks after the applicant has been notified under paragraph (1)(b), the Minister has not been notified that an action has been commenced for a final determination by the court of the legality of the importation or distribution of the wares.	(6) Sauf disposition contraire d'une ordonnance rendue en vertu du paragraphe (1) et sous réserve de la <i>Loi sur les douanes</i> ou de toute autre loi fédérale prohibant, contrôlant ou réglementant les importations ou les exportations, le ministre dédouane les marchandises, sans autre avis au demandeur, si, dans les deux semaines qui suivent la notification prévue à l'alinéa (1)b), il n'a pas été avisé qu'une action a été engagée pour que le tribunal se prononce sur la légalité de l'importation ou de la distribution des marchandises.	Obligations du demandeur
Where court finds in plaintiff's favour	(7) Where, in an action commenced under this section, the court finds that the importation is or the distribution would be contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, including an order that the wares be destroyed or exported, or that they be delivered up to the plaintiff as the plaintiff's property absolutely.	(7) Lorsque, au cours d'une action intentée sous le régime du présent article, il conclut que l'importation est, ou que la distribution serait, contraire à la présente loi, le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il juge indiquée, notamment quant à leur destruction ou à leur restitution au demandeur en toute propriété.	Destruction ou restitution des marchandises
Power of court to grant relief	53.2 Where a court is satisfied, on application of any interested person, that any act has been done contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, including an order providing for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits and for the destruction, exportation or other disposition of any offending wares, packages, labels and advertising material and of any dies used in connection therewith.	53.2 Lorsqu'il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées, notamment pour réparation par voie d'injonction ou par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, pour l'imposition de dommages punitifs, ou encore pour la disposition par destruction, exportation ou autrement des marchandises, colis, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de toutes matrices employées à leur égard.	Pouvoir du tribunal d'accorder une réparation
Re-exportation of wares	53.3 Where in any proceeding under section 53.1 or 53.2 the court finds	53.3 Dans les procédures engagées en vertu des articles 53.1 ou 53.2, le tribunal ne peut, en vertu de ces articles, sauf dans des circonstances exceptionnelles, rendre une ordonnance prévoyant l'exportation en l'état de marchandises s'il conclut :	Réexportation des marchandises

(a) that wares bearing a registered trade-mark have been imported into Canada in such manner that the distribution of the wares in Canada would be contrary to this Act, and

(b) that the registered trade-mark has, without the consent of the owner, been applied to those wares with the intent of counterfeiting or imitating the trade-mark, or of deceiving the public and inducing them to believe that the wares were made with the consent of the owner,

the court may not, other than in exceptional circumstances, make an order under that section requiring or permitting the wares to be exported in an unaltered state.

a) d'une part, que les marchandises, portant une marque de commerce déposée, ont été importées de telle façon que leur distribution au Canada serait contraire à la présente loi;

b) d'autre part, que la marque a été appliquée sans le consentement du propriétaire et avec l'intention de la contrefaire ou de l'imiter, ou de tromper le public et de le porter à croire que les marchandises ont été fabriquées avec le consentement du propriétaire.

Evidence	<p>54. (1) Evidence of any document in the official custody of the Registrar or of any extract therefrom may be given by the production of a copy thereof purporting to be certified to be true by the Registrar.</p>	<p>54. (1) La preuve d'un document, ou d'un extrait d'un document, en la garde officielle du registraire peut être fournie par la production d'une copie du document ou de l'extrait, donnée comme étant certifiée conforme par le registraire.</p>	Preuve
Idem	<p>(2) A copy of any entry in the register purporting to be certified to be true by the Registrar is evidence of the facts set out therein.</p>	<p>(2) Une copie de toute inscription dans le registre, donnée comme étant certifiée conforme par le registraire, fait foi des faits y énoncés.</p>	Idem
Idem	<p>(3) A copy of the record of the registration of a trade-mark purporting to be certified to be true by the Registrar is evidence of the facts set out therein and that the person named therein as owner is the registered owner of the trade-mark for the purposes and within the territorial area therein defined.</p>	<p>(3) Une copie de l'inscription de l'enregistrement d'une marque de commerce, donnée comme étant certifiée conforme par le registraire, fait foi des faits y énoncés et de ce que la personne y nommée comme propriétaire est le propriétaire inscrit de cette marque de commerce aux fins et dans la région territoriale qui y sont indiquées.</p>	Idem
Idem	<p>(4) A copy of any entry made or documents filed under the authority of any Act in force before July 1, 1954 relating to trade-marks, certified under the authority of that Act, is admissible in evidence and has the same probative force as a copy certified by the Registrar under this Act as provided in this section.</p>	<p>(4) Une copie d'une inscription faite ou de documents produits sous l'autorité de toute loi relative aux marques de commerce jusqu'ici en vigueur, certifiée en vertu d'une telle loi, est admissible en preuve et a la même force probante qu'une copie certifiée par le registraire aux termes de la présente loi, ainsi qu'il est prévu au présent article.</p>	Idem
Jurisdiction of Federal Court	<p>55. The Federal Court has jurisdiction to entertain any action or proceeding for the enforcement of any of the provisions of this Act or of any right or remedy conferred or defined thereby.</p>	<p>55. La Cour fédérale peut connaître de toute action ou procédure en vue de l'application de la présente loi ou d'un droit ou recours conféré ou défini par celle-ci.</p>	Jurisdiction de la Cour fédérale
Appeal	<p>56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act</p>	<p>56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut</p>	Appel

	within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.	être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l'avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l'expiration des deux mois.	
Procedure	(2) An appeal under subsection (1) shall be made by way of notice of appeal filed with the Registrar and in the Federal Court.	(2) L'appel est interjeté au moyen d'un avis d'appel produit au bureau du registraire et à la Cour fédérale.	Procédure
Notice to owner	(3) The appellant shall, within the time limited or allowed by subsection (1), send a copy of the notice by registered mail to the registered owner of any trade-mark that has been referred to by the Registrar in the decision complained of and to every other person who was entitled to notice of the decision.	(3) L'appelant envoie, dans le délai établi ou accordé par le paragraphe (1), par courrier recommandé, une copie de l'avis au propriétaire inscrit de toute marque de commerce que le registraire a mentionnée dans la décision sur laquelle porte la plainte et à toute autre personne qui avait droit à un avis de cette décision.	Avis au propriétaire
Public notice	(4) The Federal Court may direct that public notice of the hearing of an appeal under subsection (1) and of the matters at issue therein be given in such manner as it deems proper.	(4) Le tribunal peut ordonner qu'un avis public de l'audition de l'appel et des matières en litige dans cet appel soit donné de la manière qu'il juge opportune.	Avis public
Additional evidence	(5) On an appeal under subsection (1), evidence in addition to that adduced before the Registrar may be adduced and the Federal Court may exercise any discretion vested in the Registrar.	(5) Lors de l'appel, il peut être apporté une preuve en plus de celle qui a été fournie devant le registraire, et le tribunal peut exercer toute discrétion dont le registraire est investi.	Preuve additionnelle
Exclusive jurisdiction of Federal Court	57. (1) The Federal Court has exclusive original jurisdiction, on the application of the Registrar or of any person interested, to order that any entry in the register be struck out or amended on the ground that at the date of the application the entry as it appears on the register does not accurately express or define the existing rights of the person appearing to be the registered owner of the mark.	57. (1) La Cour fédérale a une compétence initiale exclusive, sur demande du registraire ou de toute personne intéressée, pour ordonner qu'une inscription dans le registre soit biffée ou modifiée, parce que, à la date de cette demande, l'inscription figurant au registre n'exprime ou ne définit pas exactement les droits existants de la personne paraissant être le propriétaire inscrit de la marque.	Jurisdiction exclusive de la Cour fédérale
Restriction	(2) No person is entitled to institute under this section any proceeding calling into question any decision given by the Registrar of which that person had express notice and from which he had a right to appeal.	(2) Personne n'a le droit d'intenter, en vertu du présent article, des procédures mettant en question une décision rendue par le registraire, de laquelle cette personne avait reçu un avis formel et dont elle avait le droit d'interjeter appel.	Restriction
How proceedings instituted	58. An application under section 57 shall be made either by the filing of an originating notice of motion, by counter-claim in an action for the infringement of the trade-mark, or by statement of claim in an action claiming additional relief under this Act.	58. Une demande prévue à l'article 57 est faite par la production d'un avis de requête, par une demande reconventionnelle dans une action pour usurpation de la marque de commerce ou par un exposé de réclamation dans une action demandant un redressement additionnel en vertu de la présente loi.	Comment sont intentées les procédures

Notice to set out grounds	<p>59. (1) Where an appeal is taken under section 56 by the filing of a notice of appeal, or an application is made under section 57 by the filing of an originating notice of motion, the notice shall set out full particulars of the grounds on which relief is sought.</p>	<p>59. (1) Lorsqu'un appel est porté sous le régime de l'article 56 par la production d'un avis d'appel, ou qu'une demande est faite selon l'article 57 par la production d'un avis de requête, l'avis indique tous les détails des motifs sur lesquels la demande de redressement est fondée.</p>	L'avis indique les motifs
Reply	<p>(2) Any person on whom a copy of the notice described in subsection (1) has been served and who intends to contest the appeal or application, as the case may be, shall file and serve within the prescribed time or such further time as the court may allow a reply setting out full particulars of the grounds on which he relies.</p>	<p>(2) Toute personne à qui a été signifiée une copie de cet avis, et qui entend contester l'appel ou la demande, selon le cas, produit et signifie, dans le délai prescrit ou tel nouveau délai accordé par le tribunal, une réplique indiquant tous les détails des motifs sur lesquels elle se fonde.</p>	Réplique
Hearing	<p>(3) The proceedings on an appeal or application shall be heard and determined summarily on evidence adduced by affidavit unless the court otherwise directs, in which event it may order that any procedure permitted by its rules and practice be made available to the parties, including the introduction of oral evidence generally or in respect of one or more issues specified in the order.</p>	<p>(3) Les procédures sont entendues et décidées par voie sommaire sur une preuve produite par affidavit, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement, auquel cas il peut prescrire que toute procédure permise par ses règles et sa pratique soit rendue disponible aux parties, y compris l'introduction d'une preuve orale d'une façon générale ou à l'égard d'une ou de plusieurs questions spécifiées dans l'ordonnance.</p>	Audition
Registrar to transmit documents	<p>60. (1) Subject to subsection (2), when any appeal or application has been made to the Federal Court under any of the provisions of this Act, the Registrar shall, at the request of any of the parties to the proceedings and on the payment of the prescribed fee, transmit to the Court all documents on file in the Registrar's office relating to the matters in question in those proceedings, or copies of those documents certified by the Registrar.</p>	<p>60. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'un appel ou une demande a été présenté à la Cour fédérale en vertu de l'une des dispositions de la présente loi, le registraire transmet à ce tribunal, à la requête de toute partie à ces procédures et sur paiement du droit prescrit, tous les documents versés aux archives de son bureau quant aux questions en jeu dans ces procédures ou des copies de ces documents par lui certifiées.</p>	Le registraire transmet les documents
Register of registered users	<p>(2) The transmission of documents on which entries in the register required to be kept under paragraph 26(1)(b) are based is subject to the provisions of subsection 50(6) of the <i>Trade-marks Act</i>, as it read immediately before section 69 of the <i>Intellectual Property Law Improvement Act</i> came into force.</p>	<p>(2) La divulgation des documents sur lesquels s'appuient les inscriptions figurant dans le registre prévu à l'alinéa 26(1)b) est régie par le paragraphe 50(6) de la <i>Loi sur les marques de commerce</i>, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 69 de la Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle.</p>	Registre des usagers inscrits
Judgments to be filed	<p>61. An officer of the Registry of the Federal Court shall file with the Registrar a certified copy of every judgment or order made by the Federal Court, the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada relating to any trade-mark on the register.</p>	<p>61. Un fonctionnaire du greffe de la Cour fédérale produit au registraire une copie certifiée de tout jugement ou de toute ordonnance de la Cour fédérale, de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour suprême du Canada relativement à une marque de commerce figurant au registre.</p>	Production des jugements

A-53-10
2011 FCA 153

A-53-10
2011 CAF 153

Zack Steel (*Applicant*)

Zack Steel (*demandeur*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: STEEL v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : STEEL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Dawson, Layden-Stevenson and Stratas J.J.A.—Toronto, December 14, 2010; Ottawa, May 5, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Layden-Stevenson et Stratas, J.C.A.—Toronto, 14 décembre 2010; Ottawa, 5 mai 2011.

Employment Insurance — Judicial review of Umpire's decision confirming Board of Referees' decision applicant's income replacement benefits correctly allocated as earnings pursuant to Employment Insurance Regulations, s. 35(2)(d) — Applicant applying for regular employment insurance benefits after leaving employment — Later involved in car accident — Commission determining that income replacement benefits applicant receiving from motor vehicle insurer constituting earnings, transforming applicant's claim into sickness benefits claim — Also determining that applicant owing Commission amount in overpayments — Whether Commission making any decision in respect of applicant's write-off request on account of benefits overpayment; whether Umpire erring by affirming Commission's calculation of overpayment amount — Commission neither considering nor refusing to consider write-off request — No indication applicant providing information to Commission detailing basis of any write-off request — Umpire not erring by concluding that income replacement benefits falling within definition of earnings pursuant to Regulations, s. 35(2)(d) but erring by affirming Commission's quantification of overpayment given Commission's concessions made before Umpire — Application allowed in part.

Assurance-emploi — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre confirmant la décision du conseil arbitral selon laquelle l'indemnité de remplacement du revenu du demandeur a été correctement répartie à titre de rémunération conformément à l'art. 35(2)d) du Règlement sur l'assurance-emploi — Le demandeur a présenté une demande de prestations régulières d'assurance-emploi après avoir quitté son emploi — Plus tard, il a eu un accident de voiture — La Commission a établi que l'indemnité de remplacement de revenu que le demandeur a reçue de son assureur automobile constituait une rémunération, convertissant la demande du demandeur en demande de prestations de maladie — Elle a également établi que le demandeur devait rembourser une somme d'argent à la Commission au titre des versements excédentaires — La Commission a-t-elle rendu une décision relativement à la demande de défalcation du demandeur au titre d'un versement excédentaire de prestations; le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en confirmant le calcul fait par la Commission du montant du versement excédentaire des prestations? — La Commission n'a ni examiné ni refusé d'examiner une demande de défalcation — Il n'y avait aucune indication selon laquelle le demandeur a fourni à la Commission des renseignements exposant en détail le fondement d'une demande de défalcation — Le juge-arbitre n'a pas commis d'erreur en concluant que l'indemnité de remplacement de revenu répondait à la définition de rémunération énoncée à l'art. 35(2)d) du Règlement mais il a commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire établi par la Commission vu les concessions que la Commission a faites devant le juge-arbitre — Demande accueillie en partie.

Federal Court of Appeal Jurisdiction — Per Stratas J.A. (concurring): Federal Court of Appeal having jurisdiction to determine merits of applicant's judicial review application— Whether applicant "other person" under Employment Insurance Act, ss. 114(1), 115, allowing him to appeal to

Compétence de la Cour d'appel fédérale — Le juge Stratas, J.C.A. (motifs concordants) : La Cour d'appel fédérale a compétence pour établir le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire du demandeur — Le demandeur est-il une « autre personne » en vertu des art. 114(1) et 115 de la

Board of Referees, Umpire, then apply to Federal Court of Appeal for judicial review under Act, s. 118 — During 1996 statutory reform, Parliament's decision to add words "other person" to Act, ss. 114(1), 115 intended to allow persons, such as applicant, to appeal rulings on write-off requests to Board of Referees, Umpire, then to Federal Court of Appeal — Therefore, applicant considered "other person", could apply for judicial review under Act, s. 118 to Federal Court of Appeal following appeals to Board, Umpire.

This was an application for judicial review of an Umpire's decision confirming the Board of Referees' decision, in particular, that the applicant's income replacement benefits had been correctly allocated as earnings pursuant to paragraph 35(2)(d) of the *Employment Insurance Regulations* and that the applicant was not entitled to more than 15 weeks of sickness benefits, the maximum entitlement to such benefits.

The applicant left his employment and applied for regular employment insurance benefits under the *Employment Insurance Act*. His claim was established effective July 29, 2007. In December 2007, he was involved in a car accident. In May 2008, the applicant received a lump sum payment of \$8 642.92 from his motor vehicle insurer as income replacement benefits. The Commission determined that the income replacement benefits he had received constituted earnings and transformed the applicant's claim into a claim for sickness benefits, thereby limiting the applicant's claim to a maximum period of 15 weeks. It was also determined that since the applicant had received income replacement benefits, he owed the Commission \$9 115 in overpayments. The applicant appealed the Commission's decision to the Board, which confirmed the Commission's decision. On appeal before the Umpire, the Commission conceded that it had erred in converting the applicant's claim to sickness benefits and in denying the applicant sickness benefits as of March 2008. The Commission's concessions reduced the amount of the alleged overpayment to \$6 146. Nonetheless, the Umpire never addressed the Commission's concessions in its decision.

Loi sur l'assurance-emploi, ce qui lui permettrait d'interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, et ensuite de déposer auprès de la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'art. 118 de la Loi? — Au moment de la réforme législative de 1996, la décision du Parlement d'ajouter les mots « quiconque » (en anglais, other person) aux art. 114(1) et 115 avait pour but de permettre à des personnes, comme le demandeur, de faire appel de décisions relatives aux demandes de défalcation devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, puis de saisir la Cour d'appel fédérale — Par conséquent, le demandeur, considéré comme une « autre personne », pouvait déposer une demande en contrôle judiciaire à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 118 de la Loi après avoir interjeté appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre confirmant une décision du conseil arbitral selon laquelle, en particulier, l'indemnité de remplacement du revenu du demandeur avait été correctement répartie à titre de rémunération conformément à l'alinéa 35(2)d) du *Règlement sur l'assurance-emploi* et selon laquelle le demandeur n'avait pas droit à plus de 15 semaines de prestations de maladie, soit la période maximale d'admissibilité aux prestations.

Le demandeur a quitté son emploi et a fait une demande de prestations régulières d'assurance-emploi en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Sa demande a été acceptée en date du 29 juillet 2007. En décembre 2007, il a été victime d'un accident de voiture. En mai 2008, le demandeur a reçu de son assureur automobile un paiement forfaitaire de 8 642,92 \$ au titre d'indemnité de remplacement de revenu. La Commission a établi que l'indemnité de remplacement de revenu que le demandeur avait reçue constituait une rémunération et a converti la demande du demandeur en demande de prestations de maladie, ce qui a limité la demande du demandeur à une période maximale de 15 semaines. Il a également été établi que puisque le demandeur avait reçu une indemnité de remplacement du revenu, il devait rembourser à la Commission 9 115 \$ en versements excédentaires de prestations. Le demandeur a interjeté appel de la décision de la Commission devant le conseil arbitral, qui a confirmé la décision de la Commission. Dans le cadre de l'appel devant le juge-arbitre, la Commission a concédé qu'elle avait commis une erreur en convertissant la demande du demandeur en demande de prestations de maladie et en refusant de verser des prestations de maladie au demandeur en date de mars 2008. Les concessions faites par la Commission ont eu pour effet de réduire à 6 146 \$ le montant du versement excédentaire allégué. Néanmoins, le juge-arbitre n'a à aucun moment mentionné les concessions de la Commission dans sa décision.

The issues were whether the Commission made any decision in respect of a request to write off monies owing by the applicant on account of an overpayment of benefits; whether the Umpire erred by affirming the Commission's calculation of the amount of the overpayment of benefits; and whether the Federal Court of Appeal had jurisdiction to hear the merits of the applicant's case.

Held, the application should be allowed in part.

Per Dawson J.A. (Layden-Stevenson J.A. concurring): The Commission neither considered nor refused to consider a request for a write-off. There was no indication that the applicant provided information to the Commission detailing the basis of any request for a write-off nor was there any information in the record about the collectibility of any overpayment or the hardship that would result if an overpayment was collected. The absence of the latter information was significant because those are the grounds for relief set out in paragraph 56(1)(f) of the Regulations, which was the only write-off provision therein that potentially applied to the applicant. There was no evidence in the record that the Commission at any time considered a request to write off any overpayment. In the absence of a decision, there was no basis upon which the Board or the Umpire could decide the issues the applicant wanted to raise concerning a write-off of his indebtedness. The applicant was not a "person who is the subject of a decision of the Commission" who may appeal from the decision to the Board. Nor was there a decision that could be judicially reviewed in the Federal Court.

The Umpire did not err by concluding that the income replacement benefits fell within the definition of earnings pursuant to paragraph 35(2)(d) of the Regulations. On the basis of the plain language of the relevant provisions of the Ontario Regulations pertaining to accident benefits, the income replacement benefits are paid "in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury" and therefore fall within the scope of paragraph 35(2)(d) of the Regulations. This construction was consistent with the evidence before the Umpire to the effect that the benefits claim was partially based on information from the applicant's former employer.

Given the Commission's concessions, the Umpire erred by affirming the Commission's quantification of the overpayment. The overpayment should have been reduced to \$6 146.

Les questions en litige étaient d'établir si la Commission a pris une décision concernant la demande de défalcation de sommes payables par le demandeur au titre d'un versement excédentaire de prestations, si le juge-arbitre a commis une erreur en confirmant le calcul fait par la Commission du montant du versement excédentaire des prestations et si la Cour d'appel fédérale avait compétence pour se pencher sur le bien-fondé du dossier du demandeur.

Arrêt : La demande doit être accueillie en partie.

La juge Dawson, J.C.A. (la juge Layden-Stevenson, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Commission n'a ni examiné ni refusé d'examiner une demande de défalcation. Il n'y a aucune indication selon laquelle le demandeur a fourni à la Commission des renseignements exposant en détail le fondement d'une demande de défalcation, et le dossier ne contient pas non plus de renseignements sur la possibilité de recouvrer un versement excédentaire ou sur le préjudice que causerait un tel recouvrement. L'absence de ces renseignements est importante, car il s'agit là des motifs ouvrant droit à réparation prévus à l'alinéa 56(1)f) du Règlement, qui est la seule disposition du Règlement portant sur la défalcation qui pourrait s'appliquer au demandeur. Rien dans le dossier n'indique que la Commission a, à un moment quelconque, examiné une demande de défalcation d'un versement excédentaire. En l'absence d'une décision, le conseil et le juge-arbitre n'avaient aucune raison de trancher les questions que le demandeur souhaitait soulever en ce qui concerne la défalcation de sa dette. Le demandeur n'est pas une « personne qui fait l'objet d'une décision de la Commission » qui peut interjeter appel de la décision devant le conseil. Il n'y a pas non plus de décision qui pourrait faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale.

Le juge-arbitre n'a commis aucune erreur en parvenant à la conclusion que l'indemnité de remplacement de revenu répondait à la définition de rémunération à l'alinéa 35(2)d) du Règlement. Compte tenu du libellé clair des dispositions pertinentes du Règlement de l'Ontario concernant les indemnités d'accident, les indemnités de remplacement de revenu sont versées « pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles » et relèvent donc du champ d'application de l'alinéa 35(2)d) du Règlement. Cette interprétation est compatible avec la preuve qui a été présentée au juge-arbitre, selon laquelle le traitement de la demande d'indemnité de remplacement de revenu reposait en partie sur les renseignements fournis par l'ancien employeur du demandeur.

En raison des concessions de la Commission, le juge-arbitre a commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire que celle-ci a établi. Le versement excédentaire aurait dû être réduit à 6 146 \$.

Per Stratas J.A. (concurring): The Federal Court of Appeal had jurisdiction to determine the merits of the applicant's judicial review application. What had to be determined was whether the applicant was an "other person" under subsection 114(1) and section 115 of the Act, which would allow him to appeal to the Board of Referees and the Umpire and then apply to the Federal Court of Appeal for judicial review under section 118 of the Act. At the time of the 1996 statutory reform, Parliament's decision to add the words "other person" to subsection 114(1) and section 115 of the current Act was intended to allow persons, such as the applicant, to appeal rulings on write-off requests to the Board of Referees and the Umpire and then to proceed to the Federal Court of Appeal. Were it not so, it would be very difficult to see what Parliament had in mind when it added those words. Therefore, the applicant was an "other person" under subsection 114(1) and section 115 and could appeal to the Board of Referees and the Umpire and, under section 118, could apply for judicial review to the Federal Court of Appeal.

Le juge Stratas, J.C.A. (motifs concordants) : La Cour d'appel fédérale avait compétence pour se prononcer sur le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire du demandeur. Il s'agissait d'établir si le demandeur était une « autre personne » en vertu du paragraphe 114(1) et de l'article 115 de la Loi, ce qui lui permettrait d'interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge arbitre, et de soumettre ensuite à la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 118 de la Loi. Au moment de la réforme législative de 1996, la décision du Parlement d'ajouter les mots « quiconque » (en anglais, *other person*) au paragraphe 114(1) et à l'article 115 de la Loi actuelle avait pour but de permettre à des personnes, comme le demandeur, de faire appel de décisions relatives aux demandes de défalcation devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, et ensuite de saisir la Cour d'appel fédérale. Sinon, il serait très difficile de déterminer ce que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il a ajouté ces mots. Par conséquent, le demandeur était une « autre personne » en vertu du paragraphe 114(1) et de l'article 115 et pouvait interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre et, en vertu de l'article 118, il pouvait déposer une demande de contrôle judiciaire à la Cour d'appel fédérale.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 19(2), 45, 52(2),(3), 54(k), 114(1), 115, 118 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182), 120.
- Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, ss. 35 (as am. by SOR/97-31, s. 18; 2002-154, s. 5; 2002-364, s. 1; 2010-10, s. 15), 36 (as am. by SOR/97-31, s. 19; 2009-130, ss. 1, 3; 2010-10, s. 16), 56(1) (as am. by SOR/2002-236, s. 2).
- 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; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
- Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents on or after November 1, 1996*, O. Reg. 403/96, ss. 1 (as am. by O. Reg. 462/96, s. 2), 4 (as am. by O. Reg. 458/03, s. 2), 5 (as am. by O. Reg. 295/07, s. 2), 6.
- Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 79(1), 80.
- Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 94(1).

CASES CITED

CONSIDERED:

- Cornish-Hardy v. Board of Referees (Unemployment Insurance Act, 1971)*, [1979] 2 F.C. 437 (C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 1218; *Canada (Attorney General) v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Annexe sur les indemnités d'accident légales — accidents survenus le 1^{er} novembre 1996 ou après ce jour*, Règl. de l'Ont. 403/96, art. 1 (mod. par Règl. de l'Ont. 505/96, art. 1), 4 (mod. par Règl. de l'Ont. 458/03, art. 2), 5 (mod. par Règl. de l'Ont. 295/07, art. 2), 6.
- Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 94(1).
- Loi sur l'assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 79(1), 80.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 19(2), 45, 52(2),(3), 54(k), 114(1), 115, 118 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182), 120.
- 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).
- Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332, art. 35 (mod. par DORS/97-31, art. 18; 2002-154, art. 5; 2002-364, art. 1; 2010-10, art. 15), 36 (mod. par DORS/97-31, art. 19; 2009-130, art. 1, 3; 2010-10, art. 16), 56(1) (mod. par DORS/2002-236, art. 2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

- Cornish-Hardy c. Le Conseil arbitral (Loi de 1971 sur l'assurance-chômage)*, [1979] 2 C.F. 437 (C.A.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 1218; *Canada (Procureur général) c.*

Filiatrault, 1998 CanLII 8522, 99 CLLC 240-001, 235 N.R. 274 (F.C.A.); *Gall v. Canada*, [1995] 2 F.C. 413, (1995), 122 D.L.R. (4th) 399, 9 C.C.E.L. (2d) 38 (C.A.); *Buffone v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2001 CanLII 22143 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mosher*, 2002 FCA 355; *Canada (Attorney General) v. Villeneuve*, 2005 FCA 440, 352 N.R. 60.

REFERRED TO:

Braga v. Canada (Attorney General), 2009 FCA 167, 392 N.R. 295; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229; *Gill v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 182, [2011] 4 F.C.R. 159, 322 D.L.R. (4th) 120, [2010] CLLC 240-009; *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; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609, 12 Admin. L.R. (2d) 1.

APPLICATION for judicial review of an Umpire's decision ((2009), CUB 73803) confirming the Board of Referees' decision, *inter alia*, that the applicant's income replacement benefits had been correctly allocated as earnings pursuant to paragraph 35(2)(d) of the *Employment Insurance Regulations*. Application allowed in part.

APPEARANCES

Christopher Perri and *Stephen J. Moreau* for applicant.
Derek Edwards for respondent

SOLICITORS OF RECORD

Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: A person in receipt of benefits under the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (Act) may also receive monies that are determined to be earnings. If a claimant receives benefits and earnings for the

Filiatrault, 1998 CanLII 8522 (C.A.F.); *Gall c. Canada*, [1995] 2 C.F. 413 (C.A.); *Buffone c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 22143 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Mosher*, 2002 CAF 355; *Canada (Procureur général) c. Villeneuve*, 2005 CAF 440.

DÉCISIONS CITÉES :

Braga c. Canada (Procureur général), 2009 CAF 167; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Gill c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 182, [2011] 4 R.C.F. 159; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision d'un juge-arbitre ((2009), CUB 73803) confirmant la décision du conseil arbitral selon laquelle, entre autres, l'indemnité de remplacement de revenu du demandeur avait été correctement répartie à titre de rémunération conformément à l'alinéa 35(2)d) du *Règlement sur l'assurance-emploi*. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU

Christopher Perri et *Stephen J. Moreau* pour le demandeur.
Derek Edwards pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Quiconque touche des prestations en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la Loi) peut également recevoir des sommes d'argent qui sont considérées comme de la

same period of time, the claimant is obliged to repay to the Receiver General any overpayment of benefits that results from the receipt of earnings. The amount to be repaid is equal to the amount of the benefits that would not have been paid if the earnings had been paid or payable at the time the benefits were paid (section 45 of the Act).

[2] Paragraph 54(k) of the Act authorizes the Commission to make regulations allowing it to write off amounts owing under various sections of the Act, including monies owing under section 45 as a result of the overpayment of benefits. Subsection 56(1) [as am. by SOR/2002-236, s. 2] of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332 (Regulations) allows overpayments owing under section 45 of the Act to be written off in a number of circumstances including where:

56. (1) ...

f) the Commission considers that, having regard to all the circumstances,

(i) the penalty or amount, or the interest accrued on it, is uncollectable, or

(ii) the repayment of the penalty or amount, or the interest accrued on it, would result in undue hardship to the debtor. [Emphasis added.]

[3] A line of jurisprudence from this Court, commencing with *Cornish-Hardy v. Board of Referees (Unemployment Insurance Act, 1971)*, [1979] 2 F.C. 437 (C.A.), aff'd [1980] 1 S.C.R. 1218 and *Canada (Attorney General) v. Filiatrault*, 1998 CanLII 8522, 99 CLC 240-001 (F.C.A.) has consistently held that decisions of the Commissioner with respect to write-offs are not subject to the appeal provisions in the Act. A claimant must therefore seek judicial review of such decisions in what is now the Federal Court.

[4] In *Cornish-Hardy* the relevant provision with respect to the right of appeal was subsection 94(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, which, by the time of *Filiatrault*, had become subsection 79(1) of the *Unemployment Insurance Act*,

rémunération. Le prestataire qui touche des prestations et une rémunération au cours d'une même période est tenu de rembourser au receveur général à titre de remboursement d'un versement excédentaire de prestations les prestations qui n'auraient pas été payées si, au moment où elles l'ont été, la rémunération avait été ou devait être versée (article 45 de la Loi).

[2] L'alinéa 54k) de la Loi autorise la Commission à prendre des règlements pour la défalcation de toute somme due en vertu des différentes dispositions de la Loi, y compris toute somme due en vertu de l'article 45 par suite d'un versement excédentaire de prestations. Le paragraphe 56(1) [mod. par DORS/2002-236, art. 2] du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 (le Règlement) permet de défalquer toute somme due en vertu de l'article 45 de la Loi dans les circonstances suivantes :

56. (1) [...]

f) elle estime, compte tenu des circonstances, que :

(i) soit la pénalité ou la somme, y compris les intérêts courus, est irrécouvrable,

(ii) soit le remboursement de la pénalité ou de la somme, y compris les intérêts courus, imposerait au débiteur un préjudice abusif. [Non souligné dans l'original.]

[3] Dans une série de décisions commençant avec l'arrêt *Cornish-Hardy c. Le Conseil arbitral (Loi de 1971 sur l'assurance-chômage)*, [1979] 2 C.F. 437 (C.A.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 1218, et l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Filiatrault*, 1998 CanLII 8522 (C.A.F.), la Cour a conclu que les décisions du commissaire relatives à la défalcation ne sont pas assujetties aux dispositions de la Loi régissant les appels. Le prestataire doit par conséquent s'adresser à ce qui est maintenant la Cour fédérale pour obtenir le contrôle judiciaire d'une telle décision.

[4] Dans l'arrêt *Cornish-Hardy*, la disposition prévoyant un droit d'appel était le paragraphe 94(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, devenu à l'époque de l'arrêt *Filiatrault* le paragraphe 79(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage*,

R.S.C., 1985, c. U-1. This provision gave a right of appeal to a “claimant or an employer”.

[5] In 1996, Parliament amended the *Unemployment Insurance Act*. Its title became the *Employment Insurance Act*. The appeal provisions were placed in subsection 114(1) of the Act which provided that a “claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission” might appeal to the Board of Referees (Board).

[6] Zack Steel, the applicant, brings this application for judicial review of a decision of an Umpire ([*Employment Insurance Act (Re)*] (2009), CUB 73803) who was seized with Mr. Steel’s appeal from a decision of the Board. On this application Mr. Steel wishes to argue that a claimant, such as himself, who has been refused a write-off by the Commission is a person who is “the subject of a decision of the Commission” and so is entitled to appeal the refusal of a write-off to the Board. He states that all of the decisions of this Court subsequent to the 1996 amendment of the Act which have followed *Cornish-Hardy* and *Filiatrault* were made *per incurium* because the Court’s attention was not called to the change in wording of the appeal provision. Specifically, Mr. Steel asks the Court to quash the decisions of the Commission, the Board, and the Umpire and order that costs be paid to him because:

1. The Umpire failed to exercise his jurisdiction to determine whether the Commission had properly exercised its discretion to write off overpayments of benefits paid to Mr. Steel.
2. The Umpire failed to find that the Commission improperly exercised its discretion to write off amounts because the Commission failed to provide reasons concerning Mr. Steel’s request for a write-off and failed to respond at all to his request.
3. The Umpire failed to find that the Commission’s calculation of the overpayment was incorrect and inconsistent with the Act and the Regulations.

L.R.C. (1985), ch. U-1. Cette disposition conférait un droit d’appel au « prestataire ou [à] un employeur du prestataire ».

[5] En 1996, le législateur a modifié la *Loi sur l’assurance-chômage*, qui s’est appelée la *Loi sur l’assurance-emploi*. Les dispositions en matière d’appel figuraient au paragraphe 114(1) de la Loi, qui prévoyait que « [q]uiconque fait l’objet d’une décision de la Commission », peut interjeter appel devant le conseil arbitral (le conseil).

[6] Zack Steel, l’appelant, demande le contrôle judiciaire de la décision d’un juge-arbitre ([*Loi sur l’assurance-emploi (Re)*] (2009), CUB 73803) qui a été saisi de l’appel d’une décision du conseil interjeté par M. Steel. Dans le cadre de cette demande, M. Steel souhaite faire valoir qu’un prestataire comme lui, à qui la Commission a refusé une défalcation, est une personne qui a « fait l’objet d’une décision de la Commission » et qui a dès lors le droit d’interjeter appel au conseil du refus d’autoriser la défalcation. Il déclare que toutes les décisions postérieures à la modification de 1996 de la Loi dans lesquelles la Cour a appliqué les arrêts *Cornish-Hardy* et *Filiatrault* ont été rendues *per incurium* puisque l’on n’avait pas porté à son attention la modification apportée au libellé de la disposition relative à l’appel. En particulier, M. Steel demande à la Cour d’annuler les décisions de la Commission, du conseil et du juge-arbitre et d’ordonner que des dépens lui soient versés pour les raisons suivantes :

1. Le juge-arbitre n’a pas exercé sa compétence pour déterminer si la Commission avait dûment exercé son pouvoir discrétionnaire de défalquer les versements excédentaires de prestations payés à M. Steel.
2. Le juge-arbitre n’a pas conclu que la Commission avait irrégulièrement exercé son pouvoir discrétionnaire de défalquer les sommes visées puisqu’elle n’a pas motivé sa décision concernant la demande de défalcation de M. Steel, et a omis tout simplement d’y répondre.
3. Le juge-arbitre n’a pas conclu que le calcul de la Commission quant aux versements excédentaires était incorrect et incompatible avec la Loi et le Règlement.

The sections of the Act and the Regulations referred to in these reasons are set out in the Appendix to these reasons.

[7] I will first review the facts before the Court before framing the issues that I believe must be decided.

The Facts

[8] Mr. Steel left his employment and applied for regular employment insurance benefits under the Act. After some initial difficulties, his claim was established effective July 29, 2007. On December 2, 2007, Mr. Steel was involved in a car accident. Around May 28, 2008, Mr. Steel received a lump sum payment of \$8 642.92 from his motor vehicle insurer in respect of income replacement benefits. On July 31, 2008, Mr. Steel disclosed the receipt of these income replacement benefits to the Commission.

[9] Shortly thereafter, Mr. Steel was informed by a representative of the Commission that it might be necessary to reassess his claim. Mr. Steel claims that he responded that he should be entitled to a write-off of any amounts he owed to the Commission because, for a variety of reasons, he had experienced significant delay in receiving his employment insurance benefits.

[10] The Commission subsequently determined that the income replacement benefits Mr. Steel had received constituted earnings, and allocated these monies to the period commencing on December 9, 2007 and ending on June 7, 2008. On its own motion, the Commission then transformed Mr. Steel's claim into a claim for sickness benefits and informed him that he would be paid the maximum 15 weeks of special benefits on account of sickness. The rationale for this change was that Mr. Steel had indicated in his reports to the Commission that he would not be able and available to return to perform the same work under the same conditions. The effect of this transformation was to limit Mr. Steel's claim to a maximum period of 15 weeks. Finally, the Commission determined that as a result of receiving

Les articles de la Loi et du Règlement qui sont mentionnés dans les présents motifs sont reproduits à l'annexe ci-jointe.

[7] J'examinerai d'abord les faits qui ont été présentés à la Cour avant de formuler les questions qui, à mon avis, doivent être tranchées.

Les faits

[8] M. Steel a quitté son emploi et a présenté une demande de prestations régulières d'assurance-emploi en vertu de la Loi. Il a connu quelques difficultés au départ, mais sa demande a finalement été acceptée le 29 juillet 2007. Le 2 décembre 2007, M. Steel a été victime d'un accident de voiture. Vers le 28 mai 2008, M. Steel a reçu de son assureur automobile un paiement forfaitaire de 8 642,92 \$ au titre d'indemnité de remplacement de revenu. Le 31 juillet 2008, M. Steel a divulgué à la Commission qu'il avait reçu cette indemnité de remplacement de revenu.

[9] Peu de temps après, M. Steel a été informé par un représentant de la Commission qu'il serait peut-être nécessaire de réévaluer sa demande. M. Steel prétend qu'il a répondu qu'il avait droit à une défalcation des sommes qu'il devait rembourser à la Commission parce que, pour différentes raisons, il y avait eu de longs retards dans l'envoi de ses prestations d'assurance-emploi.

[10] La Commission a par la suite déterminé que les prestations d'assurance-emploi que M. Steel avait reçues constituaient une rémunération, et elle a réparti ces sommes sur la période du 9 décembre 2007 au 7 juin 2008. De sa propre initiative, la Commission a ensuite converti la demande de M. Steel en demande de prestations de maladie, puis elle a informé celui-ci qu'il avait droit au maximum de 15 semaines de prestations spéciales pour cause de maladie. La raison de cette modification était que M. Steel avait indiqué dans ses rapports à la Commission qu'il n'était pas en mesure de reprendre le même emploi aux mêmes conditions. Cette conversion a eu pour effet de limiter la demande de M. Steel à une période maximale de 15 semaines. Enfin, la Commission a déterminé que, comme il avait reçu

the income replacement benefits Mr. Steel had been overpaid benefits and he owed the Commission \$9 115. Two notices of debt were issued to Mr. Steel for the combined sum of \$9 115 in August 2008.

[11] Mr. Steel says that after receiving the notices of debt he spoke with a representative of the Commission and expressed concern about the calculation of the amount of overpayment. He asserts he also informed the representative that he should be entitled to a write-off. He claims that he did not receive a satisfactory response from the Commission concerning his request for a write-off and that it failed to provide him with any explanation as to why his request for a write-off was rejected.

[12] On August 22, 2008, Mr. Steel filed a notice of appeal to the Board. In the notice of appeal Mr. Steel complained that the amount of overpayment had never been properly determined because he was still owed money for his regular benefits. Mr. Steel stated that the overpayment was unforeseeable and occurred due to administrative error and a “lag in co-operation with legal proceedings”. No reference is made in the notice of appeal to any request for a write-off having been made.

[13] At the appeal, after characterizing the issues before it, the Board found that:

1. The Commission had correctly allocated the income replacement benefits as earnings. The Commissioner’s interpretation was supported by sections 35 [as am. by SOR/97-31, s. 18; 2002-154, s. 5; 2002-364, s. 1; 2010-10, s. 15] and 36 [as am. by SOR/97-31, s. 19; 2009-130, ss. 1, 3; 2010-10, s. 16] of the Regulations.

2. Mr. Steel had received 15 weeks of sickness benefits and was not entitled to additional sickness benefits in the qualifying period at issue.

une indemnité de remplacement de revenu, M. Steel avait reçu des versements excédentaires de prestations et devait rembourser 9 115 \$ à la Commission. En août 2008, deux avis de dette ont été envoyés à M. Steel pour un total de 9 115 \$.

[11] M. Steel soutient qu’après avoir reçu les avis de dettes, il a parlé à un représentant de la Commission et lui a fait part de ses inquiétudes quant au calcul du montant des versements excédentaires. Il affirme qu’il a également informé le représentant qu’il avait probablement droit à une défalcation. Il prétend que la Commission n’a pas répondu de manière satisfaisante à sa demande de défalcation et qu’elle ne lui a donné aucune explication quant à la raison pour laquelle elle l’avait rejeté.

[12] Le 22 août 2008, M. Steel a déposé un avis d’appel au conseil. Il s’y plaint de ce que le montant des versements excédentaires n’a jamais été correctement déterminé puisqu’on lui devait encore de l’argent au titre de ses prestations régulières. M. Steel a indiqué que le versement excédentaire était imprévisible et qu’il était attribuable à une erreur administrative et à un [TRADUCTION] « manque de célérité en ce qui concerne les procédures judiciaires ». Aucune mention n’est faite dans l’avis d’appel qu’une demande de défalcation a été présentée.

[13] Au moment de l’appel, après avoir décrit les questions dont il était saisi, le conseil a conclu ce qui suit :

1. La Commission avait correctement réparti, à titre de rémunération, l’indemnité de remplacement de revenu. L’interprétation du commissaire s’appuie sur les articles 35 [mod. par DORS/97-31, art. 18; 2002-154, art. 5; 2002-364, art. 1; 2010-10, art. 15] et 36 [mod. par DORS/97-31, art. 19; 2009-130, art. 1, 3; 2010-10, art. 16] du Règlement.

2. M. Steel avait reçu 15 semaines de prestations de maladie et n’avait pas le droit de recevoir des prestations de maladie à titre complémentaire durant la période d’attente en litige.

3. Neither the Board, nor an Umpire, were empowered to deal with issues relating to the write-off of an overpayment.

[14] Mr. Steel appealed the decision of the Board to an Umpire.

The Decision of the Umpire

[15] The Commission made two concessions before the Umpire. They were:

1 The Commission erred when it converted Mr. Steel's claim to sickness benefits as of December 2, 2007.

2 The Commission erred when it denied sickness benefits as of March 31, 2008.

[16] The consequence of these errors was that Mr. Steel was entitled to regular benefits at the time his claim was in effect and so he was not subject to having his claim end when the 15-week maximum period for sickness benefits expired. The monetary effect of the Commission's concessions was to reduce the amount of the asserted overpayment to \$6 146.

[17] In his brief reasons the Umpire confirmed that the income replacement benefits were properly allocated to income pursuant to paragraph 35(2)(d) of the Regulations and that Mr. Steel was not entitled to more than 15 weeks of sickness benefits because that is the maximum entitlement to such benefits. The record does not explain why the Umpire had no regard to the Commission's concessions, including its concession that the claim should not have been converted to a claim for sickness benefits.

The Issues to be Decided

[18] In my view, the issues to be decided are:

3. Ni le conseil ni le juge-arbitre n'avaient le pouvoir d'examiner les questions relatives à la défalcation d'un versement excédentaire.

[14] M. Steel a interjeté appel de la décision du conseil auprès d'un juge-arbitre.

La décision du juge-arbitre

[15] La Commission a fait les deux concessions suivantes devant le juge-arbitre :

1. La Commission a commis une erreur en convertissant la demande de M. Steel en prestations de maladie en date du 2 décembre 2007.

2. La Commission a commis une erreur en refusant de verser des prestations de maladie le 31 mars 2008.

[16] Ces erreurs ont eu pour conséquence que, comme M. Steel avait droit à des prestations régulières au moment où sa demande était en vigueur. Sa demande de prestations n'aurait pas dû prendre fin lorsque la période maximale de 15 semaines de prestations de maladie a expiré. Les concessions faites par la Commission ont eu pour effet de réduire à 6 146 \$ le montant du versement excédentaire établi.

[17] Dans ses motifs très brefs, le juge-arbitre a confirmé que l'indemnité de remplacement de revenu avait été dûment prise en compte dans le calcul du revenu, conformément à l'alinéa 35(2)d) du Règlement, et que M. Steel n'avait pas droit à plus de 15 semaines de prestations de maladie parce qu'il s'agit de la période maximale d'admissibilité aux prestations. Le dossier n'indique pas pourquoi le juge-arbitre n'a pas tenu compte des concessions faites par la Commission, notamment que la demande n'aurait pas dû être convertie en demande de prestations de maladie.

Les questions en litige

[18] À mon avis, les questions qui doivent être tranchées sont les suivantes :

1. Did the Commission make any decision in respect of a request to write off monies owing by Mr. Steel on account of an overpayment of benefits?

2. If so:

a. Did the Board and the Umpire err by failing to review the Commission's decision?

b. Did the Commission breach Mr. Steel's right to procedural fairness by failing to provide reasons or respond to his request for a write-off?

3. Did the Umpire err by affirming the Commission's calculation of the amount of the overpayment of benefits?

4. What is an appropriate award of costs?

1. La Commission a-t-elle rendu une décision relative à la demande de défalcation des sommes payables par M. Steel au titre d'un versement excédentaire de prestations?

2. Si tel est le cas :

a. Le conseil et le juge-arbitre ont-ils commis une erreur en n'examinant pas la décision de la Commission?

b. La Commission a-t-elle violé le droit à l'équité procédurale de M. Steel en ne motivant pas sa décision ou en ne répondant pas à sa demande de défalcation?

3. Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire des prestations établi par la Commission?

4. Quelle ordonnance convient-il de rendre relativement aux dépens?

Consideration of the Issues

a. Did the Commission make any decision in respect of a request to write off monies owing by Mr. Steel on account of an overpayment of benefits?

[19] As referenced above, subsection 114(1) of the Act allows a person "who is the subject of a decision of the Commission" to appeal to the Board. In the words of subsection 114(1):

Appeal to
board of
referees

114. (1) A claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission, or the employer of the claimant, may appeal to the board of referees in the prescribed manner at any time within

(a) 30 days after the day on which a decision is communicated to them; or

(b) such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow. [Emphasis added.]

Examen des questions en litige

a. La Commission a-t-elle rendu une décision relativement à la demande de défalcation des sommes payables par M. Steel au titre d'un versement excédentaire de prestations?

[19] Comme nous l'avons déjà mentionné, le paragraphe 114(1) de la Loi permet à quiconque qui « fait l'objet d'une décision de la Commission » d'interjeter appel au conseil. Le paragraphe 114(1) est ainsi rédigé :

114. (1) Quiconque fait l'objet d'une décision de la Commission, de même que tout employeur d'un prestataire faisant l'objet d'une telle décision, peut, dans les trente jours suivant la date où il en reçoit communication, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prévue par règlement devant le conseil arbitral. [Non souligné dans l'original.]

Appels
devant un
conseil
arbitral

[20] It follows that, irrespective of the legal argument Mr. Steel wishes to advance concerning a requested write-off, he must establish that either the Commission refused a request to write off a debt, or it refused to consider a request for a write-off. In the absence of either a refusal or a refusal to consider by the Commission, Mr. Steel could not pursue the write-off issue at all because he would not be a “person who is the subject of a decision of the Commission”. As will be explained below, the Commission in this case neither considered nor refused to consider a request for a write-off.

[21] It is indisputable that any request for a write-off must, in the first instance, be made to the Commission. Whether the Commission made a decision about a write-off request is an issue that was not considered by either the Board or the Umpire. The Board simply relied upon the prior jurisprudence of this Court to dismiss Mr. Steel’s appeal. The Umpire was silent on the issue of a write-off. Notwithstanding that this issue was not considered below, given the opposing views of the parties in this respect, we must first be satisfied that the Commission rendered a decision on Mr. Steel’s request for a write-off. Resolution of this issue requires a review of Mr. Steel’s affidavit and the whole of the appeal docket.

[22] Mr. Steel swears in his affidavit that he requested a write-off in three telephone conversations. Each telephone conversation he references in his affidavit appears to be memorialized in a document called an “AppliMessage” prepared by a Service Canada employee. In each relevant AppliMessage a Service Canada employee purports to summarize the information received by telephone from Mr. Steel. Mr. Steel has raised no complaint about the accuracy or the completeness of the relevant AppliMessages.

[23] Mr. Steel states that he spoke to a representative of the Commission after making his voluntary disclosure. The first AppliMessage is in respect of a telephone conversation with Mr. Steel on August 13, 2008. Mr. Steel is said to raise an issue with respect to the conversion of his claim for regular benefits to a

[20] Par conséquent, abstraction faite de l’argument juridique qu’il souhaite faire valoir à cet égard, M. Steel doit établir que la Commission a refusé d’accorder la défalcation d’une dette ou qu’elle a refusé d’examiner une demande de défalcation. Sans un refus par la Commission d’accorder une défalcation ou d’examiner une demande de défalcation, M. Steel ne pouvait absolument pas aller de l’avant avec cette question, car il n’était pas une « [personne qui] fait l’objet d’une décision de la Commission ». Comme nous l’expliquerons plus loin, la Commission n’a en l’espèce ni examiné ni refusé d’examiner une demande de défalcation.

[21] Il est incontestable que toute demande de défalcation doit d’abord être soumise à la Commission. La question de savoir si la Commission s’est prononcée sur une demande de défalcation n’a pas été examinée par le conseil ni par le juge-arbitre. Le conseil s’est simplement appuyé sur la jurisprudence antérieure de la Cour pour rejeter l’appel de M. Steel. Le juge-arbitre n’a pas abordé la question de la défalcation. La question n’a pas été examinée par les juridictions inférieures, mais puisque les parties divergent d’opinion à cet égard, il nous faut en premier lieu être convaincus que la Commission s’est prononcée sur la demande de défalcation. À cette fin, il convient d’examiner l’affidavit de M. Steel et l’ensemble de son dossier d’appel.

[22] M. Steel jure dans son affidavit qu’il a demandé une défalcation lors de trois conversations téléphoniques. Chacune des conversations téléphoniques à laquelle il renvoie dans son affidavit semble avoir été consignée dans un document intitulé « Appli-Message » et préparé par un employé de Service Canada. Dans chaque Appli-Message, un employé de Service Canada est censé avoir résumé les renseignements transmis par téléphone par M. Steel. M. Steel n’a formulé aucune plainte quant à l’exactitude ou à l’intégralité des AppliMessages pertinents.

[23] M. Steel affirme qu’il s’est entretenu avec un représentant de la Commission après avoir fait sa divulgation volontaire. Le premier Appli-Message porte sur une conversation téléphonique avec M. Steel qui a eu lieu le 13 août 2008. M. Steel aurait alors soulevé une question concernant la conversion de sa demande de

claim for sickness benefits. No reference is made to a request for a write-off of an overpayment.

[24] Mr. Steel states that the second telephone conversation occurred after he received the two notices of debt. This appears to correspond with the second AppliMessage prepared in respect of a conversation with Mr. Steel on August 22, 2008. Mr. Steel is reported to have requested an explanation of the overpayment and to have expressed concern about the requirement to repay monies within a specified period. No reference is made to a request for a write-off.

[25] Mr. Steel states his third request was made on September 3, 2008. An AppliMessage exists for a call made on that day. This message does make reference to the issue of a write-off. The text of the message is as follows:

Mr. Steel said:

He is interested in having the overpayment written off because the error is not his.

I said the overpayment is a result of allocation, and of the change in claim type, not an error, but even if there were an error, he would be expected to return any moneys he is not entitled to.

He said that he never asked for sickness benefits, and was not sick, but had to do modified work, and that the insurance company paid him on those terms after he was injured coming out of a car.

I said:

He should ask the doctor for a letter giving his status, letting us know what his limitations were during the claim, what dates he was unable to work, and what date he became able to work, and we can reconsider his file.

He said he may discuss it with his lawyer, and I gave him my phone number and fax number.

prestations régulières en demande de prestations de maladie. Il n'y a aucune mention d'une demande de défalcation d'un versement excédentaire.

[24] M. Steel affirme que la deuxième conversation téléphonique a eu lieu après qu'il eut reçu les deux avis de dette. Cela semble correspondre au deuxième AppliMessage qui a été préparé à la suite d'une conversation avec M. Steel le 22 août 2008. M. Steel aurait demandé une explication au sujet du versement excédentaire et aurait exprimé certaines inquiétudes quant à l'obligation de rembourser les sommes excédentaires dans un délai précis. Aucune mention n'est faite relativement à une demande de défalcation.

[25] M. Steel affirme que sa troisième demande a été faite le 3 septembre 2008. Il existe un Appli-Message relativement à un appel fait ce jour-là. Ce message mentionne la question de la défalcation. Voici le texte du message en question :

[TRADUCTION] M. Steel a dit :

Il souhaite que le versement excédentaire soit défalqué parce que l'erreur n'est pas la sienne.

J'ai dit que le versement excédentaire faisait suite à une répartition et à la modification du type de demande, et qu'il n'était pas attribuable à une erreur, mais que même s'il y avait eu erreur, il devrait rembourser les sommes auxquelles il n'a pas droit.

Il a dit qu'il n'avait jamais demandé de prestations de maladie, et qu'il n'était pas malade, mais que son travail avait été modifié, et que la compagnie d'assurance lui avait versé ces prestations après qu'il se soit blessé en sortant d'une voiture.

Je lui ai répondu :

Il devrait demander une lettre à son médecin dans laquelle celui-ci nous informerait de son état, nous indiquerait quelles étaient ses limites durant la période visée par la demande, ainsi que la date à laquelle il est devenu inapte à travailler et celle à laquelle il est redevenu apte à travailler, et que nous pourrions à ce moment-là réexaminer son dossier.

Il a dit qu'il en discuterait avec son avocat, et je lui ai donné mon numéro de téléphone et mon numéro de télécopieur.

[26] This is the sole evidence Mr. Steel points to in the appeal docket which documents any reference to a request for a write-off of an overpayment. The AppliMessage refers only to an expression of interest on Mr. Steel's part.

[27] Nowhere in the record is there any indication that Mr. Steel provided information to the Commission detailing the basis of any request for a write-off, nor is there any information in the record about the collectibility of any overpayment or the hardship that would result if an overpayment was collected. The absence of the latter information is significant because those are the grounds for relief set out in paragraph 56(1)(f) of the Regulations, which is the only write-off provision in the Regulations potentially applicable to Mr. Steel.

[28] There is no evidence in the record that the Commission at any time considered a request to write off any overpayment.

[29] I am satisfied on the basis of the unchallenged content of the AppliMessages that Mr. Steel never actually requested a decision from the Commission concerning a write-off. At best, on September 3, 2008, he expressed interest in receiving a write-off because any overpayment was the result of someone else's error. In consequence, the Commission never made any decision about whether any overpayment should be written off nor did it refuse to make a decision it was asked to make. In his memorandum of fact and law at paragraph 56 counsel for Mr. Steel argued that "the lack of any communication from the Commission at all leads one to infer that no decision was made at all: Mr. Steel's request was ignored or forgotten". While in oral argument counsel referred to this as an "imprudent" statement, I believe, in the circumstances, it is a fair inference from the Commission's silence that no decision was made by the Commission.

[30] In the absence of a decision there is no basis upon which the Board or the Umpire could decide the issues

[26] Il s'agit là du seul élément de preuve mentionné par M. Steel dans son dossier d'appel permettant d'étayer l'existence d'une demande de défalcation d'un versement excédentaire. L'Appli-Message ne témoigne que d'un certain intérêt exprimé par M. Steel.

[27] Nulle part dans le dossier il n'est indiqué que M. Steel a fourni à la Commission des renseignements exposant en détail le fondement d'une demande de défalcation, et le dossier ne contient pas non plus de renseignements sur la possibilité de recouvrer un versement excédentaire ou sur le préjudice que causerait un tel recouvrement. L'absence de ces renseignements est importante, car il s'agit là des motifs ouvrant droit à réparation prévus à l'alinéa 56(1)f) du Règlement, qui est la seule disposition du Règlement portant sur la défalcation qui pourrait s'appliquer à M. Steel.

[28] Rien dans le dossier n'indique que la Commission a, à un moment quelconque, examiné une demande de défalcation d'un versement excédentaire.

[29] Compte tenu du contenu non contesté des AppliMessages, je suis convaincue que M. Steel n'a jamais réellement demandé à la Commission de rendre une décision sur une éventuelle défalcation. Tout au plus s'est-il montré intéressé, le 3 septembre 2008, à bénéficier d'une défalcation, parce que le versement excédentaire de prestations résultait d'une erreur commise par quelqu'un d'autre. Par conséquent, la Commission n'a jamais rendu de décision sur la possibilité de défalquer un versement excédentaire et elle n'a pas non plus refusé de prononcer la décision qu'on lui avait demandé de prononcer. Au paragraphe 56 de son mémoire des faits et du droit, l'avocat de M. Steel fait valoir que [TRADUCTION] « le manque de communication de la part de la Commission permet de conclure qu'absolument aucune décision n'a été rendue : la demande de M. Steel a été ignorée ou oubliée ». Bien que dans sa plaidoirie, l'avocat ait dit qu'il s'agissait d'une déclaration [TRADUCTION] « imprudente », j'estime que, dans les circonstances, on peut à juste titre conclure du silence de la Commission qu'elle n'a rendu aucune décision.

[30] En l'absence d'une décision, le conseil et le juge-arbitre n'avaient aucune raison de trancher les questions

Mr. Steel wishes to raise concerning a write-off of his indebtedness. He is not a “person who is the subject of a decision of the Commission” who may appeal from the decision to the Board. Nor is there a decision that could be judicially reviewed in the Federal Court. The question Mr. Steel wishes to raise simply does not arise on this record. There is no justiciable issue.

[31] Before leaving this issue, I should deal with Mr. Steel’s submission that the two notices of debt evidence a decision on the write-off. I am satisfied that the notices of debt can be treated as decisions taken under subsection 52(2) of the Act that are subject to appeal under subsection 114(1). See *Braga v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 167, 392 N.R. 295, at paragraph 41. However, I have not been satisfied that the notices of debt evidence any decision about a write-off because Mr. Steel’s only recorded reference to a write-off came after the issuance of these documents. The notices of debt simply evidence the amount calculated by the Commission to be owing by Mr. Steel.

[32] Absent a decision by the Commission concerning a requested write-off, there is also no basis on which to consider Mr. Steel’s complaint that the Commission breached his right to procedural fairness by failing to give reasons. I therefore turn to consideration of the proper quantification of the overpayment.

b. Did the Umpire err by affirming the Commission’s calculation of the amount of the overpayment of benefits?

[33] Leaving aside for the moment the concessions made by the Commission before the Umpire, in his written submissions Mr. Steel argued that the Umpire erred by:

1. Concluding that the income replacement benefits Mr. Steel received fell within the definition of earnings pursuant to paragraph 35(2)(d) of the Regulations.

que M. Steel souhaite soulever en ce qui concerne la défalcation de sa dette. Il n’est pas une « [personne qui] fait l’objet d’une décision de la Commission » qui peut interjeter appel de la décision devant le conseil. Il n’y a pas non plus de décision qui pourrait faire l’objet d’un contrôle judiciaire par la Cour fédérale. La question que M. Steel souhaite soulever ne se pose tout simplement pas dans le présent dossier. L’affaire ne soulève aucune question justiciable.

[31] Avant de passer à la question suivante, je dois aborder la prétention de M. Steel voulant que les deux avis de dette établissent la preuve d’une décision à l’égard de la défalcation. Je suis convaincue que les avis de dette peuvent être considérés comme des décisions fondées sur le paragraphe 52(2) de la Loi, lesquelles sont susceptibles d’appel en vertu du paragraphe 114(1). Voir l’arrêt *Braga c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 167, au paragraphe 41. Cependant, je ne suis pas convaincue que les avis de dette indiquent qu’une décision a été rendue au sujet de la défalcation puisque la seule allusion faite par M. Steel au sujet d’une défalcation a été consignée après l’envoi de ces documents. Les avis de dette démontrent simplement que le montant calculé par la Commission est dû par M. Steel.

[32] Comme la Commission n’a rendu aucune décision au sujet d’une demande de défalcation, rien ne justifie d’examiner la plainte de M. Steel selon laquelle la Commission a violé son droit à l’équité procédurale en ne motivant pas sa décision. Je me pencherai donc maintenant sur le montant du versement excédentaire.

b. Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire des prestations établi par la Commission?

[33] Oublions pour l’instant les concessions faites par la Commission devant le juge-arbitre et intéressons-nous aux observations écrites de M. Steel, dans lesquelles il fait valoir que le juge-arbitre a commis les erreurs suivantes :

1. Il a conclu que l’indemnité de remplacement de revenu que M. Steel a reçue répond à la définition de rémunération à l’alinéa 35(2)d) du Règlement.

2. In the alternative, if the income replacement benefits did fall within the definition of earnings, failing to apply the deduction rules found in subsection 19(2) of the Act.

2. Subsidiativement, si l'indemnité de remplacement du revenu répond à la définition de rémunération, il n'a pas appliqué les règles relatives à la déduction prévues au paragraphe 19(2) de la Loi.

[34] During oral argument counsel for Mr. Steel abandoned the second asserted error and so it is not necessary to deal with this argument.

[34] Durant sa plaidoirie, l'avocat de M. Steel a laissé tomber la seconde allégation d'erreur et il n'est donc pas nécessaire de s'y intéresser.

i. Did the Umpire err by concluding that the income replacement benefits fell within the definition of earnings pursuant to paragraph 35(2)(d) of the Regulations?

i. Le juge-arbitre a-t-il commis une erreur en concluant que l'indemnité de remplacement de revenu que M. Steel a reçue répond à la définition de rémunération à l'alinéa 35(2)d) du Règlement?

[35] Monies received by claimants that are determined to be earnings are taken into account to determine the amount of benefits to be repaid to the Commission (section 45 of the Act). Section 35 of the Regulations specifies what income received by a claimant constitutes earnings. For the purpose of this application, the relevant provision is paragraph 35(2)(d) which provides:

[35] Les sommes reçues par un prestataire qui sont considérées comme de la rémunération sont prises en compte dans le calcul du montant des prestations qui doivent être remboursées à la Commission (article 45 de la Loi). L'article 35 du Règlement précise quel revenu reçu par un prestataire constitue de la rémunération. Pour les besoins de la présente demande, la disposition pertinente est l'alinéa 35(2)d), qui prévoit ce qui suit :

35. ...

35. [...]

(2) Subject to the other provisions of this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings under section 14 has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under section 19, subsection 21(3), 22(5), 152.03(3) or 152.04(4) or section 152.18 of the Act, and to be taken into account for the purposes of sections 45 and 46 of the Act, are the entire income of a claimant arising out of any employment, including

(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la rémunération qu'il faut prendre en compte pour vérifier s'il y a eu l'arrêt de rémunération visé à l'article 14 et fixer le montant à déduire des prestations à payer en vertu de l'article 19, des paragraphes 21(3), 22(5), 152.03(3) ou 152.04(4), ou de l'article 152.18 de la Loi, ainsi que pour l'application des articles 45 et 46 de la Loi, est le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi, notamment :

...

[...]

(d) notwithstanding paragraph (7)(b) but subject to subsections (3) and (3.1), the payments a claimant has received or, on application, is entitled to receive from a motor vehicle accident insurance plan provided under a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury, if the benefits paid or payable under the Act are not taken into account in determining the amount that the claimant receives or is entitled to receive from the plan; [Emphasis added.]

d) malgré l'alinéa (7)b) et sous réserve des paragraphes (3) et (3.1), les indemnités que le prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, dans le cadre d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles, si les prestations payées ou payables en vertu de la Loi ne sont pas prises en compte dans l'établissement du montant que le prestataire a reçu ou a le droit de recevoir dans le cadre de ce régime; [Non souligné dans l'original.]

[36] Paragraph 35(7)(b) and subsections 35(3) and (3.1), referred to in paragraph 35(2)(d) are contained in the Appendix to these reasons. They are not material to the issue now before the Court.

[37] It is not disputed by the parties that the income replacement benefits in issue were received by Mr. Steel from a motor vehicle accident insurance plan provided under a provincial law, or that the benefits paid under the Act were not taken into account in order to determine the amount Mr. Steel received from his insurer. Therefore, the question to be determined on this application is whether the payments Mr. Steel received were “in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury”.

[38] Mr. Steel argues that he was unemployed at the time of his accident so that it follows that he lost no income due to the accident and indeed could lose no income. The income replacement benefits he received were paid pursuant to paragraph 2 of subsection 4(1) of the *Statutory Accident Benefits Schedule—Accidents on or after November 1, 1996*, O. Reg. 403/96 [s. 1 (as am. by O. Reg. 462/96, s. 2)] (Ontario Regulations). He states that such benefits are not based on an actual or presumed loss of employment and therefore do not fall within paragraph 35(2)(d) of the Regulations. Mr. Steel relies upon the decision of this Court in *Gall v. Canada*, [1995] 2 F.C. 413.

[39] In my view, this Court’s decision in *Gall* does not assist Mr. Steel. *Gall* does not stand for the proposition that persons unemployed at the time of an accident cannot receive benefits in respect of actual or presumed loss of income from employment. The Court explained, at page 429 of its reasons, that it is necessary to “examine applicable provincial legislation in each case in order to determine the precise purpose for which the no-fault payments were in fact made.” The Court was not satisfied on the evidence that benefits paid in that case were earnings within the scope of the provision then equivalent to paragraph 35(2)(d) of the Regulations.

[36] L’alinéa 35(7)b) et les paragraphes 35(3) et (3.1), dont il est fait mention à l’alinéa 35(2)d), sont reproduits à l’annexe des présents motifs. Ils ne présentent aucun intérêt pour la question dont est actuellement saisie la Cour.

[37] Les parties ne contestent pas que l’indemnité de remplacement de revenu en litige a été versée à M. Steel dans le cadre d’un régime d’assurance-automobile prévu par une loi provinciale, ou que les prestations versées en vertu de la Loi n’ont pas été prises en compte dans l’établissement du montant que M. Steel a reçu de son assureur. Par conséquent, il s’agit de déterminer en l’espèce si les versements reçus par M. Steel étaient « pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi par suite de blessures corporelles ».

[38] M. Steel soutient qu’il n’avait pas d’emploi au moment de son accident de sorte qu’il n’a perdu aucun revenu par suite de l’accident et qu’il ne pouvait en fait perdre aucun revenu. L’indemnité de remplacement de revenu qu’il a reçue a été versée conformément à la disposition 2 du paragraphe 4(1) de l’*Annexe sur les indemnités d’accident légales — accidents survenus le 1^{er} novembre 1996 ou après ce jour*, Règl. de l’Ont. 403/96 [art. 1 (mod. par Règl. de l’Ont. 505/96, art. 1)] (Règlement de l’Ontario). M. Steel affirme que ces prestations ne sont pas fondées sur la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi et qu’elles ne relèvent donc pas de l’alinéa 35(2)d) du Règlement. M. Steel s’appuie à cet effet sur la décision rendue par la Cour dans l’affaire *Gall c. Canada*, [1995] 2 C.F. 413 (C.A.).

[39] À mon avis, l’arrêt *Gall* de notre Cour n’aide pas M. Steel. Il n’appuie pas la proposition voulant que les personnes sans emploi au moment d’un accident ne puissent pas recevoir de prestations en raison d’une perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi. La Cour explique, à la page 429, qu’il est nécessaire « d’examiner dans chaque cas la loi provinciale applicable pour déterminer l’objet précis effectivement visé par les paiements sans égard à la responsabilité ». Dans cette affaire, la Cour n’était pas convaincue, au vu de la preuve, que les prestations versées constituaient une rémunération au sens de la disposition qui correspondait alors à l’alinéa 35(2)d) du Règlement.

[40] The relevant provincial regulation has been amended subsequent to the decision in *Gall*. The relevant provisions of the Ontario Regulations for the purpose of this application are sections 4 [as am. by O. Reg. 458/03, s. 2], 5 [as am. by O. Reg. 295/07, s. 2] and 6 (found in the Appendix to these reasons). The following points may be taken from those sections:

1. These sections are found in Part II of the Regulations under the heading “Income Replacement Benefit”. Headings may be used as an aid to the construction of an enactment. See *Gall*, at page 425.

2. Under subsection 4(1) of the Ontario Regulations, income replacement benefits can be paid if the insured person meets any of the following qualifications:

4. ...

1. The insured person was employed at the time of the accident and, as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of that employment.

2. The insured person,

- i. was not employed at the time of the accident,
- ii. was employed for at least 26 weeks during the 52 weeks before the accident or was receiving benefits under the *Employment Insurance Act* (Canada) at the time of the accident,
- iii. was 16 years of age or more or was excused from attendance at school under the *Education Act* at the time of the accident, and
- iv. as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of the employment in which the insured person spent the most time during the 52 weeks before the accident.

3. The insured person,

- i. was entitled at the time of the accident to start work within one year under a legitimate contract of employment that was made before the accident and that is evidenced in writing, and

[40] Le règlement provincial en cause a été modifié par suite de l’arrêt *Gall*. Les dispositions pertinentes du Règlement de l’Ontario pour les besoins de la présente demande sont les articles 4 [mod. par Règl. de l’Ont. 458/03, art. 2], 5 [mod. par Règl. de l’Ont. 295/07, art. 2] et 6 (reproduits en annexe des présents motifs). Les points suivants peuvent être dégagés de ces dispositions :

1. Ces dispositions figurent à la partie II du Règlement sous l’intertitre « Indemnités de remplacement de revenu ». Les intertitres peuvent faciliter l’interprétation d’une disposition. Voir l’arrêt *Gall*, à la page 425.

2. En vertu du paragraphe 4(1) du Règlement de l’Ontario, une indemnité de remplacement de revenu peut être versée à la personne assurée qui répond à l’un ou l’autre des critères suivants :

4. [...]

1. Elle était employée au moment de l’accident et souffre, à la suite de l’accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d’une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de cet emploi.

2. Elle :

- i. n’était pas employée au moment de l’accident,
- ii. était employée pendant au moins 26 des 52 semaines qui ont précédé l’accident ou recevait des prestations en vertu de la *Loi sur l’assurance-emploi* (Canada) au moment de l’accident,
- iii. avait au moins 16 ans ou était dispensée de la fréquentation scolaire aux termes de la *Loi sur l’éducation* au moment de l’accident,
- iv. souffre, à la suite de l’accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d’une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l’emploi auquel elle a consacré le plus de temps pendant les 52 semaines qui ont précédé l’accident.

3. Elle :

- i. avait le droit, au moment de l’accident, de commencer à travailler dans l’année aux termes d’un contrat de travail légitime, conclu avant l’accident et attesté par écrit,

- ii. as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of the employment he or she was entitled to start under the contract. [Emphasis added.]

3. Under subsection 5(1), subject to subsection 5(2), income replacement benefits are payable during the period “the insured person suffers a substantial inability to perform the essential tasks of the employment in respect of which he or she qualifies for the benefit under section 4.”

4. Pursuant to subsection 6(1), the amount of the income replacement benefits is calculated with respect to the insured person’s “net weekly income from employment determined in accordance with section 61”.

5. Pursuant to subsection 6(2), the insurer may deduct from the amount of the income replacement benefits payable 80 percent of the net income received by the insured person in respect of any employment subsequent to the accident.

[41] On the basis of the plain language of the relevant provisions of the Ontario Regulations, I conclude that the income replacement benefits are paid “in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury” and so fall within the scope of paragraph 35(2)(d) of the Regulations.

[42] This construction is consistent with the evidence before the Umpire, which included advice from the automobile insurer that the processing of the income replacement benefits claim was based in part upon information provided from his former employer.

[43] It follows that Mr. Steel has not established that the Umpire erred by affirming the Commission’s characterization of the income replacement benefits as earnings.

- ii. souffre, à la suite de l’accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d’une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l’emploi qu’elle avait le droit de commencer à occuper aux termes du contrat. [Non souligné dans l’original.]

3. En vertu du paragraphe 5(1), sous réserve du paragraphe 5(2), une indemnité de remplacement de revenu est payable pendant la période au cours de laquelle « la personne assurée souffre d’une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l’emploi à l’égard duquel elle est admissible à cette indemnité aux termes de l’article 4 ».

4. Conformément au paragraphe 6(1), le montant de l’indemnité de remplacement de revenu est calculé en fonction du « revenu hebdomadaire net que la personne assurée a tiré d’un emploi, calculé conformément à l’article 61 ».

5. Conformément au paragraphe 6(2), l’assureur peut déduire du montant de l’indemnité de remplacement de revenu payable à la personne assurée 80 p. 100 du revenu net que celle-ci a reçu à l’égard d’un emploi postérieur à l’accident.

[41] Compte tenu du libellé clair des dispositions pertinentes du Règlement de l’Ontario, je conclus que les indemnités de remplacement de revenu sont versées « pour la perte réelle ou présumée du revenu d’un emploi par suite de blessures corporelles » et relèvent donc du champ d’application de l’alinéa 35(2)d) du Règlement.

[42] Cette interprétation est compatible avec la preuve qui a été présentée au juge-arbitre, laquelle comprend les indications de l’assureur-automobile selon lesquelles le traitement de la demande d’indemnité de remplacement de revenu reposait en partie sur les renseignements fournis par l’ancien employeur.

[43] Par conséquent, M. Steel n’a pas établi que le juge-arbitre avait commis une erreur en confirmant la décision de la Commission de qualifier l’indemnité de remplacement de revenu de rémunération.

ii. The Commission's concessions

[44] As a result of the Commission's concessions before the Umpire, the Umpire erred by affirming the Commission's quantification of the overpayment. The overpayment should have been reduced to \$6 146. It follows that I would allow this application in part and would return the matter to the Chief Umpire or his designate for redetermination in accordance with the direction that, without prejudice to Mr. Steel's right to request that the amount owing be written off, the amount of the overpayment is \$6 146.

c. Costs

[45] The parties agree that if Mr. Steel is wholly successful on this appeal he should receive costs in the amount of \$5 000. While Mr. Steel has not been wholly successful, I would award him the costs of this application fixed in the amount of \$5 000, all-inclusive. In my view, such an award is appropriate for the reasons that follow.

[46] First, the Commission knew by the time of the hearing before the Board that Mr. Steel wished to pursue a write-off of the overpayment, albeit on the ground of administrative error. Notwithstanding that knowledge, no substantive response was made to Mr. Steel by the Commission. The Commission confined its response to arguing before the Board that neither the Board nor the Umpire were empowered to deal with the request (see representations of the Commission to the Board, at page 65 of the respondent's record). It would have been helpful to all if the Commission had clarified that it had made no decision about a requested write-off.

[47] Second, having conceded before the Umpire that its calculation of the overpayment was wrong, the Commission then did nothing to rectify the error after the Umpire inexplicably failed to deal with this issue. Section 120 of the Act permits an Umpire to rescind or amend a decision if the Umpire is satisfied that the decision was based on a mistake as to some material fact.

ii. Les concessions de la Commission

[44] En raison des concessions que la Commission a faites devant lui, le juge-arbitre a commis une erreur en confirmant le montant du versement excédentaire établi par la Commission. Le versement excédentaire aurait dû être réduit à 6 146 \$. Par conséquent, j'accueillerai la présente demande en partie et je renverrais l'affaire au juge-arbitre en chef ou à un juge-arbitre désigné par lui pour qu'il rende une nouvelle décision conformément à la directive que, sous réserve du droit de M. Steel de demander que le montant dû soit défalqué, le montant du versement excédentaire soit établi à 6 146 \$.

c. Dépens

[45] Les parties conviennent que si M. Steel a totalement gain de cause dans le cadre du présent appel, il devrait avoir droit à des dépens de 5 000 \$. Bien que M. Steel n'ait pas eu totalement gain de cause, je lui accorderais les dépens relatifs à la présente demande, que j'établis au montant global de 5 000 \$. À mon avis, ce montant est approprié pour les motifs qui suivent.

[46] Premièrement, la Commission savait, au moment de l'audition devant le conseil, que M. Steel souhaitait obtenir une défalcation du versement excédentaire, bien qu'en raison d'une erreur administrative. Malgré cela, la Commission n'a fourni aucune réponse sur le fond à M. Steel. La Commission s'est limitée à faire valoir devant le conseil que ni le conseil ni le juge-arbitre n'avaient le pouvoir de statuer sur la demande (voir les observations soumises par la Commission au conseil, à la page 65 du dossier de l'intimé). Il aurait été utile pour toutes les parties que la Commission précise qu'elle n'avait rendu aucune décision sur une demande de défalcation.

[47] Deuxièmement, ayant concédé devant le juge-arbitre qu'elle s'était trompée dans le calcul du versement excédentaire, la Commission n'a rien fait pour corriger cette erreur après que le juge-arbitre ait, sans aucune explication, fait défaut de trancher la question. L'article 120 de la Loi permet au juge-arbitre d'annuler ou de modifier une décision s'il est convaincu

When its concession was ignored, the Commission ought to have asked the Umpire to amend his decision.

[48] In my view, the Commission's conduct unnecessarily lengthened this proceeding. At the least, by failing to seek an amendment of the Umpire's decision the Commission compelled Mr. Steel to put this aspect of his claim in issue in this application. At worst, this proceeding would have been unnecessary had the Commission clarified that it made no decision about a write-off and then corrected its error in the calculation of the overpayment.

Conclusion

[49] In summary, on the basis of the Commission's concession, I would allow the application in part and would return the matter to the Chief Umpire or his designate for redetermination in accordance with the direction that the amount of the overpayment is \$6 146. I would order the respondent to pay costs to the applicant fixed in the amount of \$5 000, all-inclusive.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRATAS J.A.:

A. Introduction

[50] Mr. Steel has appealed from the Commission to the Board of Referees and then to the Umpire, and now he has proceeded to this Court by way of judicial review. Was that the right route? Or should he have proceeded directly from the Commission to the Federal Court by way of judicial review?

qu'elle repose sur une erreur relative à un fait essentiel. Lorsqu'elle a réalisé que l'on n'avait pas tenu compte de la concession qu'elle avait faite, la Commission aurait dû demander au juge-arbitre de modifier sa décision.

[48] Je suis d'avis que la conduite de la Commission a eu pour effet de prolonger inutilement la présente instance. J'estime à tout le moins qu'en ne demandant pas au juge-arbitre de modifier sa décision, la Commission a obligé M. Steel à contester cet aspect dans le cadre de la présente demande. À la rigueur, la présente procédure aurait été inutile si la Commission avait précisé qu'elle n'avait pas rendu de décision au sujet d'une défalcation et qu'elle avait ensuite corrigé son erreur de calcul du versement excédentaire.

Conclusion

[49] En résumé, compte tenu de la concession faite par la Commission, j'accueillerais la présente demande en partie et je renverrais l'affaire au juge-arbitre en chef ou à un juge-arbitre désigné par lui pour qu'il rende une nouvelle décision conformément à la directive que le montant du versement excédentaire soit établi à 6 146 \$. Je condamnerais l'intimé à payer l'appelant les dépens, que j'établis au montant global de 5 000 \$.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

* * *

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction

[50] M. Steel a interjeté appel d'une décision de la Commission devant le conseil et ensuite devant le juge-arbitre, et il se pourvoit devant la Cour par voie de contrôle judiciaire. Était-ce la bonne voie à suivre? Ou aurait-il dû se pourvoir directement de la Commission à la Cour fédérale par voie de contrôle judiciaire?

[51] Simply put, we are faced with a basic jurisdictional question: is it our job to determine this case, or is it the job of the Federal Court? The parties fully argued this question before us.

[52] Can we decline to answer this jurisdictional question and simply deal with the merits of this case? I think not. On the merits of this case, the respondent invites us to examine the evidentiary record, find as a fact that the Commission has not decided Mr. Steel's write-off request, and dismiss this application as premature. But is it our job to examine the evidentiary record, make factual findings, and reach a conclusion on the merits, or is it the job of the Federal Court? The jurisdictional question cannot be avoided. Until it is answered, we cannot proceed. And, aside from necessity, there are many good reasons, set out below, why we *should* answer this question in this particular case.

[53] In my view, this Court does have jurisdiction, for the reasons set out below. Accordingly, this Court can determine the merits of Mr. Steel's case. On the merits, I agree with my colleague's cogent reasons and I concur with the judgment that she proposes.

B. The jurisdictional issue

[54] In this case, Mr. Steel became liable to pay back an overpayment of benefits. He says that he requested the Commission to write off that liability under subsection 56(1) of the *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332 because of "undue hardship". Mr. Steel contends that the Commission decided against his request for a write-off.

[55] Accordingly, Mr. Steel has pursued appeals to the Board of Referees and the Umpire under subsection 114(1) and section 115 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23. These provisions, set out in the schedule to my colleague's reasons, allow a "claimant"

[51] Autrement dit, la Cour est saisie d'une question fondamentale de compétence : nous appartient-il de statuer sur la présente affaire ou cette tâche appartient-elle à la Cour fédérale? Les parties ont débattu pleinement de la question devant la Cour.

[52] Peut-on refuser de répondre à cette question de compétence et simplement examiner le bien-fondé de la présente cause? Je ne le crois pas. Sur le fond de la présente affaire, l'intimé nous invite à examiner le dossier de la preuve et à conclure que la Commission n'a pas rendu de décision quant à la demande de défalcation de M. Steel, et à rejeter la demande au motif que celle-ci est prématurée. Mais est-ce notre travail d'examiner la preuve au dossier, de faire des constatations de fait, et de parvenir à une conclusion sur le fond, ou est-ce le travail de la Cour fédérale? La question de la compétence ne peut être évitée. Jusqu'à ce qu'il y soit répondu, nous ne pouvons aller de l'avant dans la présente instance. Et outre la nécessité, il existe plusieurs bonnes raisons, exposées ci-dessous, pour lesquelles nous *devrions* répondre à cette question en l'espèce.

[53] À mon avis, la Cour est compétente, pour les motifs exposés ci-dessous. Par conséquent, la Cour peut se prononcer sur le bien-fondé de la cause de M. Steel. Sur le fond de l'affaire, je suis d'accord avec les motifs convaincants de ma collègue et je souscris au jugement qu'elle propose.

B. La question de la compétence

[54] Dans la présente affaire, M. Steel est tenu de rembourser un versement excédentaire de prestations. Il soutient qu'il a demandé à la Commission de défalquer cette dette en vertu du paragraphe 56(1) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 en raison d'un « préjudice abusif ». M. Steel prétend que la Commission a rejeté sa demande de défalcation.

[55] Par conséquent, M. Steel a interjeté appel au conseil arbitral, puis au juge-arbitre en vertu des paragraphes 114(1) et de l'article 115 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23. Ces dispositions, reproduites en annexe des motifs de ma collègue,

or an “other person” to appeal to the Board of Referees and the Umpire. From there, a judicial review may be brought to this Court under section 118 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182] of the Act.

[56] On the existing authorities of this Court, Mr. Steel is not a “claimant”: *Cornish-Hardy v. Board of Referees (Unemployment Insurance Act, 1971)*, [1979] 2 F.C. 437 (C.A.), affd [1980] 1 S.C.R. 1218 and *Canada (Attorney General) v. Filiatrault*, 1998 CanLII 8522, 99 CLLC 240-001 (F.C.A.).

[57] Therefore, the jurisdictional issue boils down to whether Mr. Steel is an “other person” under subsection 114(1) and section 115 of the Act. If Mr. Steel is an “other person”, then he can appeal to the Board of Referees and the Umpire and, from there, can apply to this Court for judicial review under section 118 of the Act. If Mr. Steel is not an “other person”, then his only recourse is by way of judicial review from the Commission’s refusal to the Federal Court 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)].

[58] For some time now, this Court has held that persons aggrieved by write-off decisions made by the Commission have to proceed by way of application for judicial review to the Federal Court: *Cornish-Hardy* and *Filiatrault*, both above. The appeal and review route involving the Board of Referees, the Umpire and this Court is not available.

[59] However, *Cornish-Hardy* and *Filiatrault* arose under different statutory provisions: just before a statutory reform in 1996, these provisions were subsection 79(1) and section 80 of the *Unemployment Insurance Act*, R.S.C., 1985, c. U-1. These provisions were more limited than subsection 114(1) and section 115 of the current Act. Subsection 79(1) only allowed a “claimant” or “an employer of the claimant” to appeal from a decision of the Commission to the Board of Referees.

permettent à « quiconque » (en anglais, *claimant* ou *other person*) d’interjeter appel devant le conseil arbitral ou le juge-arbitre. Une demande de contrôle judiciaire peut ensuite être présentée à la Cour en vertu de l’article 118 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182] de la Loi.

[56] Selon la jurisprudence de notre Cour, M. Steel n’est pas un « prestataire » : *Cornish-Hardy c. Le Conseil arbitral (Loi de 1971 sur l’assurance-chômage)*, [1979] 2 C.F. 437 (C.A.), conf. par [1980] 1 R.C.S. 1218 et *Canada (Procureur général) c. Filiatrault*, 1998 CanLII 8522 (C.A.F.).

[57] Par conséquent, la question de la compétence se résume à savoir si M. Steel est une « autre personne » en vertu du paragraphe 114(1) et de l’article 115 de la Loi. Si M. Steel est une « autre personne », il peut alors interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, et il peut ensuite soumettre à la Cour une demande de contrôle judiciaire en vertu de l’article 118 de la Loi. Si M. Steel n’est pas une « autre personne », il ne pourra alors procéder que par voie de de contrôle judiciaire du refus de la Commission devant la Cour fédérale en vertu des articles 18 [mod. par L.C. 1980, 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)].

[58] Depuis déjà quelque temps, la Cour estime que les personnes lésées par des décisions en matière de défalcation rendues par la Commission doivent agir par voie de demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale : *Cornish-Hardy* et *Filiatrault*, précitées. Il ne leur est pas possible d’emprunter la voie de l’appel et du contrôle judiciaire devant le conseil arbitral, le juge-arbitre, puis la Cour.

[59] Cependant, les arrêts *Cornish-Hardy* et *Filiatrault* ont été rendus sur le fondement de dispositions législatives différentes : avant la réforme législative de 1996, ces dispositions étaient le paragraphe 79(1) et l’article 80 de la *Loi sur l’assurance-chômage*, L.R.C. (1985), ch. U-1. Elles étaient plus limitées que ne le sont le paragraphe 114(1) et l’article 115 de la Loi actuelle. Le paragraphe 79(1) ne permettait qu’à un « prestataire » ou à « un employeur du prestataire » d’interjeter appel

Section 80 allowed “the Commission, a claimant, an employer or an association of which the claimant or employer is a member” to appeal from a decision of the Board of Referees to the Umpire. Neither provision allowed an “other person” to appeal.

[60] Although subsection 114(1) and section 115 of the current Act are broader in that they allow an “other person” to appeal, our Court has continued to follow the position in *Cornish-Hardy* and *Filiatrault: Buffone v. Canada (Minister of Human Resources Development)*, 2001 CanLII 22143 (F.C.A.); *Canada (Attorney General) v. Mosher*, 2002 FCA 355; *Canada (Attorney General) v. Villeneuve*, 2005 FCA 440, 352 N.R. 60.

[61] In each of *Buffone*, *Mosher* and *Villeneuve*, this Court regarded the jurisdictional issue as settled. The reasons of each case suggest that the Court had not received any submissions on the relevant statutory provisions. In each case, the Court had before it a benefits recipient without legal representation.

C. Why we must determine the jurisdictional issue, and determine it at the outset

[62] In my view, the jurisdictional issue logically precedes all other issues before us. In particular, it precedes what I shall call the “next issue”. The next issue is whether the judicial review should be dismissed for prematurity: whether the Commission has made a decision one way or the other in this matter.

[63] As I have mentioned in paragraph 52 above, and as my colleague’s detailed reference to the record of the case demonstrates, the next issue involves examining the factual minutia in the evidentiary record, making factual findings, and reaching a conclusion on the merits. In my view, before we delve into the next issue and perform

d’une décision de la Commission devant le conseil arbitral. L’article 80 permettait à « la Commission, un prestataire, un employeur ou une association dont le prestataire ou l’employeur est membre » d’interjeter appel d’une décision du conseil arbitral devant un juge-arbitre. Ni l’une ni l’autre disposition ne permettait à une « autre personne » d’interjeter appel.

[60] Bien que le paragraphe 114(1) et l’article 115 de la Loi actuelle aient une portée plus large en ce qu’ils permettent à « quiconque » (une autre personne) d’interjeter appel, la Cour a continué de suivre la position adoptée dans les arrêts *Cornish-Hardy* et *Filiatrault: Buffone c. Canada (Ministre du Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 22143 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. Mosher*, 2002 CAF 355; *Canada (Procureur général) c. Villeneuve*, 2005 CAF 440.

[61] Dans les arrêts *Buffone*, *Mosher* et *Villeneuve*, la Cour a considéré que la question de la compétence était réglée. Les motifs de chacune de ces décisions laissent entendre que la Cour n’avait reçu aucune observation sur les dispositions législatives applicables. Dans chaque cas, c’est un prestataire non représenté par avocat qui s’est présenté devant la Cour.

C. Pourquoi la Cour doit-elle trancher la question liée à la compétence et pourquoi doit-elle le faire dès le début?

[62] Je suis d’avis que la question de la compétence précède logiquement toutes les autres questions dont nous sommes saisis. Plus particulièrement, elle précède ce que j’appellerai la « prochaine question ». La prochaine question consiste à déterminer si la demande de contrôle judiciaire devrait être rejetée parce qu’elle est prématurée : la Commission a-t-elle rendu une décision dans un sens ou dans l’autre dans la présente affaire?

[63] Comme je l’ai mentionné au paragraphe 52 ci-dessus, et comme le démontre le renvoi détaillé au dossier que fait ma collègue, la prochaine question oblige la Cour à examiner les détails infimes des éléments de preuve présentés, à tirer des conclusions de fait et à rendre une décision sur le fond. À mon avis, avant

those tasks, we should first ask whether those tasks are to be done by this Court or the Federal Court. Since this Court is a statutory court, not a court of inherent jurisdiction, we should be cautious about embarking upon tasks that, in reality, may be the tasks of others.

D. Why, in any event, we should exercise our discretion in favour of determining the jurisdictional issue?

[64] Even if we did not have to determine the jurisdictional issue, I would still exercise my discretion in favour of determining it.

[65] To be sure, there is much to be said for not determining the jurisdictional issue. A minimal approach to judicial decision making usually has great merit. Under this approach, sometimes called “judicial minimalism”, we fashion solutions that are practical, routine, and uncontroversial and apply them to the cases before us, avoiding broad, unnecessary pronouncements. Sometimes, in search of solutions, we might consider a modest reform to our judge-made law. But we reform it only if necessary and appropriate, only as little as necessary, and always subject to Parliament’s laws which bind us.

[66] When we discard judicial minimalism and, instead, gratuitously pronounce sweeping legal principles, we expose ourselves to the charge that we are law-making—a task beyond our remit, unelected as we are. Also, without the real-life facts that inform our pronouncements, temper our judgment, and keep us accountable, we are more likely to be wrong, more likely to cause disorder, and more likely to injure.

[67] This is especially so in social benefits cases, such as this. In these cases, usually we see the Crown with counsel facing benefits claimants without counsel.

d’approfondir la prochaine question et d’exécuter toutes ces tâches, la Cour doit d’abord se demander si c’est à elle ou à la Cour fédérale qu’il appartient de le faire. Étant donné que la Cour est une cour de justice d’origine législative, ce qui signifie qu’elle n’a pas de compétence inhérente, elle devrait être prudente avant d’entreprendre cette mission qui, en réalité, pourrait incomber à d’autres.

D. Pourquoi, en tout état de cause, la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et décider de trancher la question de la compétence?

[64] Même si la Cour n’avait pas à trancher la question de la compétence, j’exercerais tout de même mon pouvoir discrétionnaire de la trancher.

[65] Certes, il y a bien des raisons de ne pas trancher la question de la compétence. Adopter une approche minimale à l’égard du processus de décision judiciaire présente généralement de grands avantages. Selon cette approche, parfois appelée « minimalisme judiciaire », la Cour élabore des solutions qui sont pratiques et courantes et qui ne soulèvent aucune controverse, et les applique aux affaires dont elle est saisie, en évitant les déclarations inutiles de portée générale. La recherche de solutions la pousse parfois à envisager une légère modification de sa jurisprudence, ce qu’elle ne fait que si elle le juge nécessaire et approprié, et le moins possible, et toujours sous réserve des lois fédérales auxquelles elle est assujettie.

[66] Lorsque nous écartons le minimalisme judiciaire et, qu’à la place, nous énonçons à titre gracieux des principes juridiques généraux, nous nous faisons accuser de légiférer, ce qui excède notre compétence, non élus que nous sommes. En outre, sans les faits concrets qui éclairent nos décisions, tempèrent notre jugement et nous obligent à rendre compte, nous sommes davantage susceptibles de commettre des erreurs, de semer la pagaille et de faire du tort.

[67] Cela est particulièrement vrai dans les affaires de prestations sociales, comme en l’espèce. Dans ces causes, la Couronne est généralement représentée par un

One-sided submissions are the norm. In such circumstances, broad pronouncements founded upon such submissions are hazardous, and the appearance of fairness, if not fairness itself, may suffer.

[68] But too great a devotion to judicial minimalism sometimes can impose too great a cost. Pressing issues can linger and fester, and litigants may suffer for that.

[69] Consider, as an example, the plight of Mr. Steel. The majority of this Court will decide this case without determining the jurisdictional issue he has placed before us. Then the Commission will rule on whether Mr. Steel is entitled to a write-off. Assuming the Commission rules adversely to him, he will have to choose a route of review without the benefit of a determination on the jurisdictional issue. If he chooses the wrong route of review, he will be forced to go back to where he was before and start all over again. In a case like this, too great a devotion to judicial minimalism can ensnare benefits recipients in a frustrating game of “snakes and ladders”.

[70] Of course, after receiving our judgment in this case, Mr. Steel may not have the resources or the resolve to bother further with any of this. If that happens, the jurisdictional issue will be left for next time. Next time, though, there will be one big difference: it is almost certain that the benefits recipient appearing before us will lack legal representation.

[71] This particular social benefits case is quite unusual: before us are opposing parties, both represented by counsel of capability, both proffering legal submissions of high quality. This makes it safer and fairer to determine the jurisdictional issue, which is a narrow issue of law divorced from the particular facts of this case. Further, by determining the jurisdictional issue once and for all, we will provide some assistance to the benefits recipients who fend for themselves in this administrative regime. To the extent that we can make basic things like appeal routes clearer and more accessible, we should.

avocat alors que le prestataire se représente seul. Les observations unilatérales constituent la norme. Dans de telles circonstances, les déclarations de portée générale fondées sur ces observations sont risquées, et l'apparence d'équité, si ce n'est l'équité elle-même, peut en souffrir.

[68] Mais un trop grand dévouement au minimalisme judiciaire peut parfois coûter excessivement cher. Les questions urgentes peuvent persister et s'aggraver, et les parties au litige peuvent en souffrir.

[69] Prenons par exemple la situation difficile dans laquelle se trouve M. Steel. La majorité de la Cour décidera de la présente affaire sans statuer sur la question de la compétence que nous a soumise M. Steel. La Commission déterminera ensuite si M. Steel a droit à une défalcation. Dans l'hypothèse où il est débouté par la Commission, il devra choisir une voie de révision sans le bénéfice d'une décision sur la question de la compétence. S'il choisit la mauvaise voie de révision, il devra revenir à la case départ et tout recommencer. Dans un tel cas, un trop grand dévouement au minimalisme judiciaire peut prendre le prestataire au piège dans un jeu de « serpents et échelles » désagréable.

[70] Bien entendu, après avoir reçu notre jugement dans la présente affaire, M. Steel peut ne pas disposer des ressources ou de la détermination nécessaires pour pousser l'affaire plus loin. Si tel est le cas, la question de la compétence sera tranchée une prochaine fois. Et la prochaine fois, cependant, il y aura une énorme différence : il est presque certain que le prestataire qui comparaitra devant nous ne sera pas représenté.

[71] La présente affaire de prestations sociales est assez inusitée : devant nous ont comparu des parties adverses, toutes deux représentées par des avocats compétents, qui ont fait valoir des arguments juridiques de grande qualité. Cela rend plus sûre et équitable la décision relative à la question de la compétence, qui est une question de droit étroite, distincte des faits particuliers de l'espèce. De plus, en tranchant une fois pour toutes la question de la compétence, la Cour aidera d'une certaine façon les prestataires qui doivent se débrouiller seuls dans ce régime administratif. Dans la mesure où nous pouvons faire des choses aussi simples

[72] Seizing this opportunity and determining the jurisdictional issue in these circumstances is not dissimilar from what we do in other exceptional circumstances. We decide moot, academic or unnecessary issues when it is in the public interest to do so (*Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342). We allow public interest litigation to proceed where the claimant, albeit not directly affected, is dedicated, the issue is important, and no one else is likely to advance to bring the issue forward (*Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236). In the area of social benefits law, we have sometimes taken advantage of the rare presence of represented parties to go further than necessary in order to clear up some jurisprudential uncertainty: e.g. *Gill v. Canada (Attorney General)*, 2010 FCA 182, [2011] 4 F.C.R. 159. Why not do so here?

[73] In this case, despite the merits of judicial minimalism, we should decide the jurisdictional issue even if it is not necessary to decide it. It is safe, practical and just to do so.

E. The merits of the jurisdictional issue

[74] In my view, Parliament's decision to add the words "other person" to subsection 114(1) and section 115 of the current Act was intended to allow persons, such as Mr. Steel, to appeal rulings on write-off requests to the Board of Referees and the Umpire, and then to proceed to this Court. Were it not so, it would be very difficult to see what Parliament had in mind when it added those words.

[75] In my view, this interpretation should be tested by examining Parliament's overall purpose behind this administrative scheme, as shown by the specific statutory provisions it adopted: *Bell ExpressVu Limited*

que de faciliter les voies d'appel et les rendre plus accessibles, il est de notre devoir de le faire.

[72] Saisir cette occasion et trancher la question de la compétence n'est pas en l'espèce différent de ce que nous faisons dans d'autres circonstances exceptionnelles. Nous tranchons des questions théoriques et superflues lorsqu'il est dans l'intérêt public de le faire (*Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342). Nous permettons l'instruction d'affaires mettant en jeu l'intérêt public où l'appelant, bien que non directement visé, est dévoué, où la question est importante et où personne d'autre n'est susceptible de soumettre la question à la Cour (*Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236). Dans le domaine juridique relatif aux prestations sociales, nous avons parfois tiré profit de la rare présence de parties représentées pour aller au-delà de ce qui est nécessaire afin de dissiper une certaine incertitude jurisprudentielle : voir, p. ex. *Gill c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 182, [2011] 4 R.C.F. 159. Pourquoi ne pas agir de la sorte en l'espèce?

[73] Dans la présente affaire, malgré le bien-fondé du minimalisme judiciaire, nous devrions trancher la question de la compétence même si ce n'est pas nécessaire. Il est sûr, pratique et équitable de le faire.

E. Le bien-fondé de la question de la compétence

[74] Je suis d'avis que la décision du législateur d'ajouter les mots « quiconque » (en anglais *other person*) au paragraphe 114(1) et à l'article 115 de la Loi actuelle avait pour but de permettre à des personnes comme M. Steel d'interjeter appel de décisions relatives à des demandes de défalcation devant le conseil arbitral et le juge-arbitre, et ensuite de saisir la Cour. Sinon, il serait très difficile de déterminer ce que le législateur avait à l'esprit lorsqu'il a ajouté ces mots.

[75] À mon avis, il serait possible de vérifier la validité de cette interprétation en examinant l'intention générale du législateur qui sous-tend le régime administratif, comme le démontrent les dispositions législatives

Partnership v. Rex, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394. This administrative scheme is aimed at diverting issues relating to employment insurance from the court system into the more informal, specialized, efficient adjudicative mechanisms set up by Parliament. My interpretation of “other person” is consistent with, and furthers that aim.

[76] A contrary interpretation would mean that the writing-off of liabilities to repay the overpayment of benefits, a matter related to the entitlement to employment insurance benefits, would be diverted from this informal, specialized, efficient regime into the slower, more formal, more resource-intensive court system. That interpretation makes no sense. Only the clearest of statutory wording, not present here, could drive us to such a result.

[77] The statements in *Buffone*, *Mosher* and *Villeneuve* that suggest a different answer to the jurisdictional question in this case are best regarded as not being the considered opinion of the panels that decided them. Further, to the extent that *Cornish-Hardy* and *Filiatrault* bar persons like Mr. Steel from appealing to the Board of Referees and the Umpire under subsection 114(1) and section 115 of the Act, they should no longer be followed. Those cases were decided under the former Act which, unlike the current Act, did not allow “other person[s]” to appeal.

[78] Therefore, in my view, Mr. Steel was an “other person” under subsection 114(1) and section 115 and could appeal to the Board of Referees and the Umpire and, under section 118, could apply for judicial review in this Court. Therefore, this Court has jurisdiction.

[79] On the merits of Mr. Steel’s judicial review in this Court, I agree with my colleague’s reasons and concur with her proposed disposition of the application.

particulières qu’il a adoptées : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394. Ce régime administratif vise à détourner les questions relatives à l’assurance-emploi du système judiciaire pour les diriger vers les mécanismes d’arbitrage plus informels, plus spécialisés et plus efficaces mis en place par le législateur. L’interprétation que je donne du terme « quiconque » est compatible avec cet objectif et favorise sa réalisation.

[76] Une interprétation contraire signifierait que la défalcation d’une obligation de rembourser un versement excédentaire de prestations, question liée à l’admissibilité à des prestations d’assurance-emploi, serait détournée de ce régime informel, spécialisé et efficace et dirigée vers un système judiciaire plus lent, plus formel et plus exigeant sur le plan des ressources. Cette interprétation n’a aucun sens. Seul le plus clair des textes de loi, non présent en l’espèce, pourrait nous conduire à un tel résultat.

[77] Les énoncés des arrêts *Buffone*, *Mosher* et *Villeneuve* qui proposent une réponse différente à la question de la compétence en l’espèce sont au mieux considérés comme ne reflétant pas l’opinion réfléchie des tribunaux qui ont tranché ces affaires. En outre, dans la mesure où les arrêts *Cornish-Hardy* et *Filiatrault* empêchent des personnes comme M. Steel d’interjeter appel au conseil arbitral et au juge-arbitre en vertu du paragraphe 114(1) et de l’article 115 de la Loi, ils ne devraient plus être appliqués. Ces décisions reposent sur l’ancienne Loi qui, contrairement à la Loi actuelle, ne permet pas à d’« autre[s] personne[s] » d’interjeter appel.

[78] Par conséquent, j’estime que M. Steel était une « autre personne » en vertu du paragraphe 114(1) et de l’article 115 et pouvait interjeter appel devant le conseil arbitral et le juge-arbitre et, qu’en vertu de l’article 118, il pouvait déposer une demande de contrôle judiciaire à la Cour. La Cour a donc compétence.

[79] S’agissant du bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire soumise à la Cour par M. Steel, je suis d’accord avec les motifs de ma collègue et je souscris à la décision qu’elle propose à cet égard.

APPENDIX TO THE REASONS
OF DAWSON J.A.

Subsection 19(2), section 45, subsection 52(3), paragraph 54(k), subsection 114(1) and section 120 of the *Employment Insurance Act* read as follows:

19. ...

Earnings in
periods of
unemploy-
ment

(2) Subject to subsections (3) and (4), if the claimant has earnings during any other week of unemployment, there shall be deducted from benefits payable in that week the amount, if any, of the earnings that exceeds

(a) \$50, if the claimant's rate of weekly benefits is less than \$200; or

(b) 25% of the claimant's rate of weekly benefits, if that rate is \$200 or more.

...

Return of
benefits by
claimant

45. If a claimant receives benefits for a period and, under a labour arbitration award or court judgment, or for any other reason, an employer, a trustee in bankruptcy or any other person subsequently becomes liable to pay earnings, including damages for wrongful dismissal or proceeds realized from the property of a bankrupt, to the claimant for the same period and pays the earnings, the claimant shall pay to the Receiver General as repayment of an overpayment of benefits an amount equal to the benefits that would not have been paid if the earnings had been paid or payable at the time the benefits were paid.

...

52. ...

Amount
repayable

(3) If the Commission decides that a person has received money by way of benefits for which the person was not qualified or to which the person was not entitled,

(a) the amount calculated is repayable under section 43; and

ANNEXE DES MOTIFS
DE LA JUGE DAWSON

Le paragraphe 19(2), l'article 45, le paragraphe 52(3), l'alinéa 54k), le paragraphe 114(1) et l'article 120 de la *Loi sur l'assurance-emploi* se lisent comme suit :

19. [...]

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (4), si le prestataire reçoit une rémunération durant toute autre semaine de chômage, il est déduit des prestations qui lui sont payables un montant correspondant à la fraction de la rémunération reçue au cours de cette semaine qui dépasse 50 \$, ou vingt-cinq pour cent de son taux de prestations hebdomadaires si celui-ci est de 200 \$ ou plus.

Rémunéra-
tion au cours
des périodes
de chômage

[...]

45. Lorsque le prestataire reçoit des prestations au titre d'une période et que, soit en application d'une sentence arbitrale ou d'un jugement d'un tribunal, soit pour toute autre raison, l'employeur ou une personne autre que l'employeur — notamment un syndic de faillite — se trouve par la suite tenu de lui verser une rémunération, notamment des dommages-intérêts pour congédiement abusif ou des montants réalisés provenant des biens d'un failli, au titre de la même période et lui verse effectivement la rémunération, ce prestataire est tenu de rembourser au receveur général à titre de remboursement d'un versement excédentaire de prestations les prestations qui n'auraient pas été payées si, au moment où elles l'ont été, la rémunération avait été ou devait être versée.

Rembourse-
ment de
prestations
par le
prestataire

[...]

52. [...]

(3) Si la Commission décide qu'une personne a reçu une somme au titre de prestations auxquelles elle n'avait pas droit ou au bénéfice desquelles elle n'était pas admissible :

Somme
remboursable

a) la somme calculée au titre du paragraphe (2) est celle qui est remboursable conformément à l'article 43;

	(b) the day that the Commission notifies the person of the amount is, for the purposes of subsection 47(3), the day on which the liability arises.		b) la date à laquelle la Commission notifie la personne de la somme en cause est, pour l'application du paragraphe 47(3), la date où la créance a pris naissance.	
	...		[...]	
Regulations	54. ...		54. [...]	Règlements
	(k) for the ratification of amounts paid to persons while they are not entitled to them and for writing off those amounts and any penalties under section 38, 39 or 65.1 and amounts owing under section 43, 45, 46, 46.1 or 65 and any costs recovered against those persons;		k) pour la validation des sommes versées à des personnes n'y étant pas admissibles et pour la défalcation de ces sommes ainsi que de toute pénalité prévue par l'article 38, 39 ou 65.1 et de toute somme due en vertu des articles 43, 45, 46, 46.1 ou 65 et de tous frais recouvrés auprès de ces personnes;	
	...		[...]	
Appeal to board of referees	114. (1) A claimant or other person who is the subject of a decision of the Commission, or the employer of the claimant, may appeal to the board of referees in the prescribed manner at any time within		114. (1) Quiconque fait l'objet d'une décision de la Commission, de même que tout employeur d'un prestataire faisant l'objet d'une telle décision, peut, dans les trente jours suivant la date où il en reçoit communication, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prévue par règlement devant le conseil arbitral.	Appels devant un conseil arbitral
	(a) 30 days after the day on which a decision is communicated to them; or			
	(b) such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow.			
	...		[...]	
Amendment of decision	120. The Commission, a board of referees or the umpire may rescind or amend a decision given in any particular claim for benefit if new facts are presented or if it is satisfied that the decision was given without knowledge of, or was based on a mistake as to, some material fact.		120. La Commission, un conseil arbitral ou le juge-arbitre peut annuler ou modifier toute décision relative à une demande particulière de prestations si on lui présente des faits nouveaux ou si, selon sa conviction, la décision a été rendue avant que soit connu un fait essentiel ou a été fondée sur une erreur relative à un tel fait.	Modification de la décision
	Subsections 35(2), (3), (3.1) and (7), and subsection 56(1) of the <i>Employment Insurance Regulations</i> read as follows:		Le libellé des paragraphes 35(2), (3), (3.1) et (7) et du paragraphe 56(1) du <i>Règlement sur l'assurance-emploi</i> est le suivant :	
	35. ...		35. [...]	
	(2) Subject to the other provisions of this section, the earnings to be taken into account for the purpose of determining whether an interruption of earnings under section 14 has occurred and the amount to be deducted from benefits payable under section 19, subsection 21(3), 22(5), 152.03(3) or 152.04(4) or section 152.18 of the Act, and to be taken into		(2) Sous réserve des autres dispositions du présent article, la rémunération qu'il faut prendre en compte pour vérifier s'il y a eu l'arrêt de rémunération visé à l'article 14 et fixer le montant à déduire des prestations à payer en vertu de l'article 19, des paragraphes 21(3), 22(5), 152.03(3) ou 152.04(4), ou de l'article 152.18 de la Loi, ainsi que pour l'application	

account for the purposes of sections 45 and 46 of the Act, are the entire income of a claimant arising out of any employment, including

(a) amounts payable to a claimant in respect of wages, benefits or other remuneration from the proceeds realized from the property of a bankrupt employer;

(b) workers' compensation payments received or to be received by a claimant, other than a lump sum or pension paid in full and final settlement of a claim made for workers' compensation payments;

(c) payments a claimant has received or, on application, is entitled to receive under

(i) a group wage-loss indemnity plan,

(ii) a paid sick, maternity or adoption leave plan,

(iii) a leave plan providing payment in respect of the care of a child or children referred to in subsection 23(1) or 152.05(1) of the Act, or

(iv) a leave plan providing payment in respect of the care or support of a family member referred to in subsection 23.1(2) or 152.06(1) of the Act;

(d) notwithstanding paragraph (7)(b) but subject to subsections (3) and (3.1), the payments a claimant has received or, on application, is entitled to receive from a motor vehicle accident insurance plan provided under a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury, if the benefits paid or payable under the Act are not taken into account in determining the amount that the claimant receives or is entitled to receive from the plan;

(e) the moneys paid or payable to a claimant on a periodic basis or in a lump sum on account of or in lieu of a pension; and

(f) where the benefits paid or payable under the Act are not taken into account in determining the amount that a claimant receives or is entitled to receive pursuant to a provincial law in respect of an actual or presumed loss of income from employment, the indemnity payments the claimant has received or, on application, is entitled to receive pursuant to that provincial law by reason of the fact that the claimant has ceased to work for the reason that continuation of work entailed physical dangers for

(i) the claimant,

des articles 45 et 46 de la Loi, est le revenu intégral du prestataire provenant de tout emploi, notamment :

a) les montants payables au prestataire, à titre de salaire, d'avantages ou autre rétribution, sur les montants réalisés provenant des biens de son employeur failli;

b) les indemnités que le prestataire a reçues ou recevra pour un accident du travail ou une maladie professionnelle, autres qu'une somme forfaitaire ou une pension versées par suite du règlement définitif d'une réclamation;

c) les indemnités que le prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, aux termes :

(i) soit d'un régime collectif d'assurance-salaire,

(ii) soit d'un régime de congés payés de maladie, de maternité ou d'adoption,

(iii) soit d'un régime de congés payés pour soins à donner à un ou plusieurs enfants visés aux paragraphes 23(1) ou 152.05(1) de la Loi,

(iv) soit d'un régime de congés payés pour soins ou soutien à donner à un membre de la famille visé aux paragraphes 23.1(2) ou 152.06(1) de la Loi;

d) malgré l'alinéa (7)b) et sous réserve des paragraphes (3) et (3.1), les indemnités que le prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, dans le cadre d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi par suite de blessures corporelles, si les prestations payées ou payables en vertu de la Loi ne sont pas prises en compte dans l'établissement du montant que le prestataire a reçu ou a le droit de recevoir dans le cadre de ce régime;

e) les sommes payées ou payables au prestataire, par versements périodiques ou sous forme de montant forfaitaire, au titre ou au lieu d'une pension;

f) dans les cas où les prestations payées ou payables en vertu de la Loi ne sont pas prises en compte dans l'établissement du montant que le prestataire a reçu ou a le droit de recevoir en vertu d'une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'un emploi, les indemnités que le prestataire a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, en vertu de cette loi provinciale du fait qu'il a cessé de travailler parce que la continuation de son travail mettait en danger l'une des personnes suivantes :

(i) le prestataire,

(ii) the claimant's unborn child, or

(ii) l'enfant à naître de la prestataire,

(iii) the child the claimant is breast-feeding.

(iii) l'enfant qu'allaita la prestataire.

(3) Where, subsequent to the week in which an injury referred to in paragraph (2)(d) occurs, a claimant has accumulated the number of hours of insurable employment required by section 7 or 7.1 of the Act, the payments referred to in that paragraph shall not be taken into account as earnings.

(3) Lorsque le prestataire a, après la semaine où il a subi les blessures corporelles visées à l'alinéa (2)d), accumulé le nombre d'heures d'emploi assurable exigé aux articles 7 ou 7.1 de la Loi, les indemnités visées à cet alinéa ne sont pas comptées comme rémunération.

(3.1) If a self-employed person has sustained an injury referred to in paragraph (2)(d) before the beginning of the period referred to in section 152.08 of the Act, the payments referred to in that paragraph shall not be taken into account as earnings.

(3.1) Lorsque le travailleur indépendant a subi les blessures corporelles visées à l'alinéa (2)d) avant le début de la période visée à l'article 152.08 de la Loi, les indemnités visées à cet alinéa ne sont pas comptées comme rémunération.

...

[...]

(7) That portion of the income of a claimant that is derived from any of the following sources does not constitute earnings for the purposes referred to in subsection (2):

(7) La partie du revenu que le prestataire tire de l'une ou l'autre des sources suivantes n'a pas valeur de rémunération aux fins mentionnées au paragraphe (2) :

(a) disability pension or a lump sum or pension paid in full and final settlement of a claim made for workers' compensation payments;

a) une pension d'invalidité ou une somme forfaitaire ou une pension versées par suite du règlement définitif d'une réclamation concernant un accident du travail ou une maladie professionnelle;

(b) payments under a sickness or disability wage-loss indemnity plan that is not a group plan;

b) les indemnités reçues dans le cadre d'un régime non collectif d'assurance-salaire en cas de maladie ou d'invalidité;

(c) relief grants in cash or in kind;

c) les allocations de secours en espèces ou en nature;

(d) retroactive increases in wages or salary;

d) les augmentations rétroactives de salaire ou de traitement;

(e) the moneys referred to in paragraph (2)(e) if

e) les sommes visées à l'alinéa (2)e) si :

(i) in the case of a self-employed person, the moneys became payable before the beginning of the period referred to in section 152.08 of the Act, and

(i) dans le cas du travailleur indépendant, ces sommes sont devenues payables avant le début de la période visée à l'article 152.08 de la Loi,

(ii) in the case of other claimants, the number of hours of insurable employment required by section 7 or 7.1 of the Act for the establishment of their benefit period was accumulated after the date on which those moneys became payable and during the period in respect of which they received those moneys; and

(ii) dans le cas des autres prestataires, le nombre d'heures d'emploi assurable exigé aux articles 7 ou 7.1 de la Loi pour l'établissement de leur période de prestations a été accumulé après la date à laquelle ces sommes sont devenues payables et pendant la période pour laquelle il les a touchées;

(f) employment income excluded as income pursuant to subsection 6(16) of the *Income Tax Act*.

f) le revenu d'emploi exclu du revenu en vertu du paragraphe 6(16) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

...

[...]

56. (1) A penalty owing under section 38, 39 or 65.1 of the Act or an amount payable under section 43, 45, 46, 46.1 or 65 of the Act, or the interest accrued on the penalty or amount, may be written off by the Commission if

(a) the total of the penalties and amounts, including the interest accrued on those penalties and amounts, owing by the debtor to Her Majesty under any program administered by the Department of Human Resources Development does not exceed \$20, a benefit period is not currently running in respect of the debtor and the debtor is not currently making regular payments on a repayment plan;

(b) the debtor is deceased;

(c) the debtor is a discharged bankrupt;

(d) the debtor is an undischarged bankrupt in respect of whom the final dividend has been paid and the trustee has been discharged;

(e) the overpayment does not arise from an error made by the debtor or as a result of a false or misleading declaration or representation made by the debtor, whether the debtor knew it to be false or misleading or not, but arises from

(i) a retrospective decision or ruling made under Part IV of the Act, or

(ii) a retrospective decision made under Part I or IV of the Act in relation to benefits paid under section 25 of the Act; or

(f) the Commission considers that, having regard to all the circumstances,

(i) the penalty or amount, or the interest accrued on it, is uncollectable, or

(ii) the repayment of the penalty or amount, or the interest accrued on it, would result in undue hardship to the debtor.

Subsection 79(1) of the *Unemployment Insurance Act* read as follows:

Appeal to
board of
referees

79. (1) The claimant or an employer of the claimant may at any time within thirty days after the day on which a decision of the Commission is communicated to him, or within such further time as the Commission may in any particular case for special reasons allow, appeal to the board of referees in the manner prescribed.

56. (1) La Commission peut défalquer une pénalité à payer en application des articles 38, 39 ou 65.1 de la Loi ou une somme due aux termes des articles 43, 45, 46, 46.1 ou 65 de la Loi ou les intérêts courus sur cette pénalité ou cette somme si, selon le cas :

a) le total des pénalités et des sommes, y compris les intérêts courus, que le débiteur doit à Sa Majesté en vertu de tout programme administré par le ministère du Développement des ressources humaines ne dépasse pas vingt dollars, aucune période de prestations n'est en cours pour le débiteur, et ce dernier ne verse pas de paiements réguliers en vertu d'un plan de remboursement;

b) le débiteur est décédé;

c) le débiteur est un failli libéré;

d) le débiteur est un failli non libéré à l'égard duquel le dernier dividende a été payé et le syndic a été libéré;

e) le versement excédentaire ne résulte pas d'une erreur du débiteur ni d'une déclaration fautive ou trompeuse de celui-ci, qu'il ait ou non su que la déclaration était fautive ou trompeuse, mais découle :

(i) soit d'une décision rétrospective rendue en vertu de la partie IV de la Loi,

(ii) soit d'une décision rétrospective rendue en vertu des parties I ou IV de la Loi à l'égard des prestations versées selon l'article 25 de la Loi;

f) elle estime, compte tenu des circonstances, que :

(i) soit la pénalité ou la somme, y compris les intérêts courus, est irrécouvrable,

(ii) soit le remboursement de la pénalité ou de la somme, y compris les intérêts courus, imposerait au débiteur un préjudice abusif.

Le paragraphe 79(1) de la *Loi sur l'assurance-chômage* se lit comme suit :

79. (1) Le prestataire ou un employeur du prestataire peut, dans les trente jours de la date où il reçoit communication d'une décision de la Commission, ou dans le délai supplémentaire que la Commission peut accorder pour des raisons spéciales dans un cas particulier, interjeter appel de la manière prescrite devant le conseil arbitral.

Appels
devant un
conseil
arbitral

Sections 4, 5 and 6 of the *Statutory Accident Benefits Schedule — Accidents on or After November 1, 1996*, read as follows:

4. (1) The insurer shall pay an insured person who sustains an impairment as a result of an accident an income replacement benefit if the insured person meets any of the following qualifications:

1. The insured person was employed at the time of the accident and, as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of that employment.
2. The insured person,
 - i. was not employed at the time of the accident,
 - ii. was employed for at least 26 weeks during the 52 weeks before the accident or was receiving benefits under the *Employment Insurance Act* (Canada) at the time of the accident,
 - iii. was 16 years of age or more or was excused from attendance at school under the *Education Act* at the time of the accident, and
 - iv. as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of the employment in which the insured person spent the most time during the 52 weeks before the accident.
3. The insured person,
 - i. was entitled at the time of the accident to start work within one year under a legitimate contract of employment that was made before the accident and that is evidenced in writing, and
 - ii. as a result of and within 104 weeks after the accident, suffers a substantial inability to perform the essential tasks of the employment he or she was entitled to start under the contract.

(2) Despite subsection (1), paragraph 3 of that subsection applies only if the accident occurs before April 15, 2004.

5. (1) Subject to subsection (2), an income replacement benefit is payable during the period that the insured person suffers a substantial inability to

Les articles 4, 5 et 6 de l'*Annexe sur les indemnités d'accident légales — Accidents survenus le 1^{er} novembre 1996 ou après ce jour* se lisent comme suit :

4. (1) L'assureur verse une indemnité de remplacement de revenu à la personne assurée qui souffre d'une déficience à la suite d'un accident si elle répond à l'un ou l'autre des critères d'admissibilité suivants :

1. Elle était employée au moment de l'accident et souffre, à la suite de l'accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d'une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de cet emploi.
2. Elle :
 - i. n'était pas employée au moment de l'accident,
 - ii. était employée pendant au moins 26 des 52 semaines qui ont précédé l'accident ou recevait des prestations en vertu de la *Loi sur l'assurance-emploi* (Canada) au moment de l'accident,
 - iii. avait au moins 16 ans ou était dispensée de la fréquentation scolaire aux termes de la *Loi sur l'éducation* au moment de l'accident,
 - iv. souffre, à la suite de l'accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d'une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l'emploi auquel elle a consacré le plus de temps pendant les 52 semaines qui ont précédé l'accident.

3. Elle :

- i. avait le droit, au moment de l'accident, de commencer à travailler dans l'année aux termes d'un contrat de travail légitime, conclu avant l'accident et attesté par écrit,
- ii. souffre, à la suite de l'accident et dans les 104 semaines qui le suivent, d'une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l'emploi qu'elle avait le droit de commencer à occuper aux termes du contrat.

(2) Malgré le paragraphe (1), la disposition 3 de ce paragraphe ne s'applique que si l'accident survient avant le 15 avril 2004.

5. (1) Sous réserve du paragraphe (2), une indemnité de remplacement de revenu est payable pendant la période au cours de laquelle la personne assurée

- perform the essential tasks of the employment in respect of which he or she qualifies for the benefit under section 4.
- (2) The insurer is not required to pay an income replacement benefit,
- (a) for the first week of the disability;
- (b) for any period longer than 104 weeks of disability, unless, as a result of the accident, the insured person is suffering a complete inability to engage in any employment for which he or she is reasonably suited by education, training or experience; or
- (c) in the case of an insured person who qualifies for the benefit under paragraph 3 of section 4, for the period before the day he or she would have been entitled under the contract to begin employment;
- (d) for any period longer than 12 weeks after the accident, in the case of an insured person whose impairment is a Grade I whiplash-associated disorder that comes within a *Pre-approved Framework Guideline*, if the accident occurred after April 14, 2004; or
- (e) for any period longer than 16 weeks after the accident, in the case of an insured person whose impairment is a Grade II whiplash-associated disorder that comes within a *Pre-approved Framework Guideline*, if the accident occurred after April 14, 2004.
6. (1) The amount of the income replacement benefit shall be,
- (a) for each of the first 104 weeks of disability, 80 per cent of the insured person's net weekly income from employment determined in accordance with section 61; and
- (b) for each week after the first 104 weeks of disability, the greater of the amount specified in clause (a) and \$185.
- (2) The insurer may deduct from the amount of the income replacement benefit payable to an insured person 80 per cent of the net income received by the insured person in respect of any employment subsequent to the accident.
- (3) For the purpose of subsection (2), the net income received by an insured person in respect of employment subsequent to the accident shall be determined by subtracting the following amounts from the gross income received by
- souffre d'une incapacité importante à accomplir les tâches essentielles de l'emploi à l'égard duquel elle est admissible à cette indemnité aux termes de l'article 4.
- (2) L'assureur n'est tenu de verser une indemnité de remplacement de revenu :
- a) ni pour la première semaine d'invalidité;
- b) ni pour une période d'invalidité de plus de 104 semaines, sauf si, à la suite de l'accident, la personne assurée souffre d'une incapacité totale à occuper un emploi qu'elle est raisonnablement apte à occuper en raison de ses études, de sa formation ou de son expérience;
- c) ni, dans le cas de la personne assurée qui est admissible à l'indemnité aux termes de la disposition 3 de l'article 4, pour la période qui précède le jour où elle aurait eu le droit de commencer à occuper l'emploi aux termes du contrat;
- d) ni pour plus de 12 semaines après l'accident, dans le cas de la personne assurée dont la déficience représente des troubles associés à l'entorse cervicale de stade I visés par une directive relative à un cadre de traitement préapprouvé, si l'accident est survenu après le 14 avril 2004;
- e) ni pour plus de 16 semaines après l'accident, dans le cas de la personne assurée dont la déficience représente des troubles associés à l'entorse cervicale de stade II visés par une directive relative à un cadre de traitement préapprouvé, si l'accident est survenu après le 14 avril 2004.
6. (1) Le montant de l'indemnité de remplacement de revenu est égal :
- a) pour chacune des 104 premières semaines d'invalidité, à 80 pour cent du revenu hebdomadaire net que la personne assurée a tiré d'un emploi, calculé conformément à l'article 61;
- b) pour chaque semaine suivant les 104 premières semaines d'invalidité, au plus élevé du montant précisé à l'alinéa a) et de 185 \$.
- (2) L'assureur peut déduire du montant de l'indemnité de remplacement de revenu payable à la personne assurée 80 pour cent du revenu net que celle-ci a reçu à l'égard d'un emploi postérieur à l'accident.
- (3) Pour l'application du paragraphe (2), le revenu net que la personne assurée a reçu à l'égard d'un emploi postérieur à l'accident est calculé en soustrayant les montants suivants du revenu brut qu'elle a reçu à l'égard de cet emploi :

the person in respect of the employment subsequent to the accident:

1. The premium payable by the person under the *Employment Insurance Act* (Canada) on the gross income.
 2. The contribution payable by the person under the *Canada Pension Plan* on the gross income.
 3. The income tax payable by the person under the *Income Tax Act* (Canada) and the *Income Tax Act* (Ontario) on the gross income.
- (4) For the purpose of subsection (2), net income from self-employment for an insured person who was self-employed at the time of the accident shall be determined without making any deductions for,
- (a) expenses that were not reasonable or necessary to prevent a loss of revenue;
 - (b) salary expenses that were paid to replace the person's active participation in the business, except to the extent that those expenses were reasonable for that purpose; and
 - (c) non-salary expenses that were different in nature or greater than the non-salary expenses incurred before the accident, except to the extent that those expenses were necessary to prevent or reduce any losses resulting from the accident.
- (5) If the insured person was self-employed at the time of the accident and the person incurs losses from self-employment as a result of the accident, the insurer shall add to the amount of the income replacement benefit payable to the person 80 per cent of the losses from self-employment incurred as a result of the accident.
- (6) For the purpose of subsection (5), losses from self-employment shall be determined in the same manner as losses from the business in which the person was self-employed would be determined under subsection 9(2) of the *Income Tax Act* (Canada) and the *Income Tax Act* (Ontario), without making any deductions for,
- (a) expenses that were not reasonable or necessary to prevent a loss of revenue;
 - (b) salary expenses that were paid to replace the person's active participation in the business, except to the extent that those expenses were reasonable for that purpose;
1. La cotisation payable sur le revenu brut par la personne sous le régime de la *Loi sur l'assurance-emploi* (Canada).
 2. La cotisation payable sur le revenu brut par la personne dans le cadre du *Régime de pensions du Canada*.
 3. L'impôt sur le revenu payable sur le revenu brut par la personne sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Ontario).
- (4) Pour l'application du paragraphe (2), le revenu net que la personne assurée a tiré d'un emploi à son compte qu'elle occupait au moment de l'accident est calculé sans déduire les dépenses suivantes :
- a) les dépenses qui n'étaient pas raisonnables ou nécessaires pour éviter une perte de revenu;
 - b) les dépenses salariales qui ont été payées pour remplacer la participation active de la personne à l'entreprise, sauf dans la mesure où elles étaient raisonnables à cette fin;
 - c) les dépenses non salariales de nature autre que les dépenses non salariales engagées avant l'accident ou qui leur étaient supérieures, sauf dans la mesure où elles étaient nécessaires pour éviter ou réduire les pertes résultant de l'accident.
- (5) Si la personne assurée était employée à son compte au moment de l'accident et qu'elle subit, à la suite de l'accident, des pertes relatives à l'emploi à son compte, l'assureur ajoute au montant de l'indemnité de remplacement de revenu payable à la personne un montant égal à 80 pour cent de ces pertes.
- (6) Pour l'application du paragraphe (5), les pertes relatives à un emploi à son compte sont calculées de la même manière que les pertes relatives à l'entreprise dans laquelle la personne était employée à son compte seraient calculées aux termes du paragraphe 9(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) et aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Ontario), sans déduire les dépenses et pertes suivantes :
- a) les dépenses qui n'étaient pas raisonnables ou nécessaires pour éviter une perte de revenu;
 - b) les dépenses salariales qui ont été payées pour remplacer la participation active de la personne à l'entreprise, sauf dans la mesure où elles étaient raisonnables à cette fin;

(c) non-salary expenses that were different in nature or greater than the non-salary expenses incurred before the accident, except to the extent that those expenses were necessary to prevent or reduce any losses resulting from the accident;

(d) expenses that are eligible for capital cost allowance or an allowance on eligible capital property; or

(e) losses deductible under section 111 of the *Income Tax Act* (Canada).

c) les dépenses non salariales de nature autre que les dépenses non salariales engagées avant l'accident ou qui leur étaient supérieures, sauf dans la mesure où elles étaient nécessaires pour éviter ou réduire les pertes résultant de l'accident;

d) les dépenses admissibles à titre de déductions pour amortissement ou de déductions relatives aux immobilisations admissibles;

e) les pertes déductibles en vertu de l'article 111 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada).

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.*

ARMED FORCES

Judicial review of Service Pension Board's (SPB) decision under *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17 (CFSA) reversing previous decision on reason for applicant's retirement—In SPB's decision, SPB amended reason for applicant's retirement, now falling under CFSA, s. 16(1)(d) (disability), entitling applicant to immediate medical pension—Applicant member of Regular Force of Canadian Forces for several years until released for reason set out in Item 5(f) of *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&O), art. 15.01, namely, "Unsuitable for Further Service"—Applicant's numerous administrative procedures to have reason for release amended to state released for "medical grounds" dismissed—Whether SPB has jurisdiction to grant remedy sought by applicant—Even if SPB had discretion to change reason for applicant's release from "Unsuitable for Further Service" to "medical grounds" in context of judicial review, Court cannot compel SPB to do so—Clearly CFSA not containing any provisions allowing SPB to impose its decision on Chief of Defence Staff (CDS); CDS alone having power to determine reasons for retirement of member of Forces under *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 18, relevant orders—SPB's jurisdiction limited to determining reason for release of Regular Force member solely for purposes of CFSA—Applicant spending most of efforts on having rights to pension recognized, finally successful—Application dismissed.

DUFOUR V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1489-11, 2012 FC 1243, Scott J., judgment dated October 25, 2012, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of decision of Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board finding applicant inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(2)(d), for committing offence under *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 159—Applicant living in Canada as temporary resident—Applicant returning to Canada after trip to Martinique arrested at airport by customs officer finding pipe containing cannabis residue in luggage along with small bag containing cannabis seeds—Importation of cannabis prohibited under *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19—Applicant regularly using cannabis for medical reasons—ID holding applicant responsible for materials carried in luggage even though cannabis left in there out of negligence or carelessness—Whether ID's decision reasonable—Respondent's interpretation of *Customs Act*, s. 159, i.e. simply bringing or attempting to bring prohibited good into Canada offence within meaning of provision, not accepted—On plain reading of s. 159, act of smuggling or attempting to smuggle must be fraudulent, whether done clandestinely or not—English version confirms interpretation—Use of word "*fraude*" in phrasing of s. 159 not inconsequential: Parliament does not speak in vain—*Customs Act* criminal law statute, so crimes set out in Act have *mens rea* component—ID therefore erred in interpretation of s. 159 when deciding that even though out of negligence or carelessness applicant travelled to Canada with cannabis in luggage, applicant still liable for materials carried—Application allowed.

LINISE V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2440-12, 2012 FC 1166, Gagné J., judgment dated October 3, 2012, 16 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 540) vacating appellant's (Canada) reassessments under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 for 2002, 2003 on basis amounts included in respondent's (Johnson) income not taxable—Respondent entering business agreement with individual on belief funds provided thereto to be invested in option trading—Arguing that net receipts received from business partner not taxable since innocently believing receiving share of after-tax profit derived from option trading—Unbeknownst to respondent, partner using funds to operate Ponzi scheme until collapse thereof—Whether respondent's net receipts in 2002, 2003 from transactions with partner constituting income from a source; whether reassessments for 2002, 2003 statute-barred—Act, s. 3(a) providing that income from all sources must be included in taxpayer's "income" for taxation year—No evidence upon which T.C.C. could reasonably conclude that partner contractually obligated to respondent to generate profits by option trading or any other manner—T.C.C.'s narrow construction of agreement between respondent, partner leading to incorrect conclusions in determining whether particular amount constituting income from a source or a non-taxable receipt—Person who participates in Ponzi scheme may be engaged in undertaking that would be recognized as business for income tax purposes, even if business unlawful—Such person taxable on any profits derived from Ponzi scheme; may be permitted to deduct related losses—Therefore, respondent required by Act, s. 3(a) to report net receipts from partner in 2002, 2003 in income tax returns for years at issue—Given respondent's carelessness in omitting to include payments received in 2002, 2003 income, reassessments for taxation years at issue not statute-barred since conditions under Act, s. 152(4)(a)(i) justifying late reassessment met—Appeal allowed.

JOHNSON V. CANADA (A-491-11, 2012 FCA 253, Sharlow J.A., judgment dated October 4, 2012, 27 pp.)

Capital Gains and Losses

Tax avoidance—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 383) dismissing appellant's appeal of assessment made under general anti-avoidance rule (GAAR) in *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 245, in which capital loss denied—Appeal heard immediately after appeal in *Triad Gestco Ltd. v. Canada* (2012 FCA 258), similar GAAR case, to be reported in F.C.R.—Appellant, corporation controlled by individual taxpayer, selling shares held in other corporation to arm's length purchaser; resulting in capital gain—In new risky business venture, taxpayer mindful of achieving creditor protection; following accountant's transaction plan to achieve goal—New subsidiary incorporated whereby taxpayer sole director thereof—Appellant then transferring property having fair market value equal to capital loss incurred to new subsidiary in exchange for shares of like value—Appellant then selling shares in new subsidiary for less than cost to trust established for benefit of taxpayer's family; using resulting capital loss to offset capital gain realized in prior arm's length transaction—Whether appellant's admitted tax benefit (capital loss) resulting from avoidance transaction as defined in Act, s. 245(3); whether misuse or abuse rule applying herein—T.C.C. correctly concluding that entire series of transactions having *bona fide* non-tax purpose (protection against creditors)—Applying correct test when considering whether one or more transactions at issue having as principal purpose achievement of admitted tax benefit—No evidence creditor protection objective requiring issuance of common shares of new subsidiary to appellant; absence of evidence thereof leading T.C.C. to find that issuance of common shares not done primarily for *bona fide* non-tax purpose—T.C.C. following correct approach when determining purpose of series of transactions on objective basis rather than on basis of taxpayer's subjective motivation or taxpayer's understanding of what may or may not have been required to achieve creditor protection—Therefore, open to T.C.C. to conclude that principal purpose of transactions to achieve admitted tax benefit; that saving provision in Act, s. 245(4) not applying herein to justify reversal of GAAR reassessment—Appeal dismissed.

1207192 ONTARIO LIMITED V. CANADA (A-359-11, 2012 FCA 259, Sharlow J.A., judgment dated October 15, 2012, 10 pp.)

Deductions

Losses—Tax avoidance—Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2011 TCC 507) allowing respondent's (Global Equity Fund Ltd.) appeal regarding reassessments for 1999, 2000, 2001 taxation years issued by Minister of National Revenue—Minister relying on general anti-avoidance rule (GAAR) pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, to disallow business loss claimed by respondent following disposition of shares held thereby—Respondent incorporated to invest in credit facilities, private placements—Implementing "value shift" technique to generate losses, trigger significant tax benefit—While T.C.C. finding transactions at issue highly artificial, concluding not resulting in misuse, abuse of Act's provisions under

INCOME TAX—Concluded

s. 245(4)—Respondent relying on Act, ss. 3, 4, 9, 111 to achieve tax benefit—Whether appellant can rely on new arguments not raised before T.C.C. or by Minister when assessing respondent; whether transactions in issue resulting in misuse or abuse of provisions relied on by respondent within meaning of Act, s. 245(4)—Act, s. 152(9) governing Minister’s right to advance alternative argument in support of assessment—Arguments raised by appellant (Canada) for which evidentiary basis not established in T.C.C. causing evidentiary prejudice to respondent; therefore new arguments disregarded—Appellant’s other new arguments based on existing evidentiary record allowed—Inquiry under Act, s. 245(4) involving two-steps: determining object, spirit or purpose of Act’s provisions relied on for tax benefit; examining factual context to determine whether avoidance transactions defeating object, spirit or purpose of provisions at issue—Fundamental rationale underlying provisions at issue being that business losses must be grounded in economic or business reality to be used for taxation purposes—While concept of business loss flexible, interpretation of Act, ss. 3, 4, 9, 111 as relating to loss requiring at minimum air of economic or business reality associated with loss—Loss generated by respondent resulting from value shift between one class of shares held thereby to another class of shares; constituting paper loss—Transactions at issue vacuous, highly artificial; loss in question lacking air of economic or business reality associated therewith—Therefore, transactions creating loss defeating underlying rationale of Act, ss. 3, 4, 9, 111 to extent provisions allowing for use of business losses for income tax purposes—Appeal allowed.

GLOBAL EQUITY FUND LTD. v. CANADA (A-445-11, 2012 FCA 272, Mainville J.A., judgment dated October 30, 2012, 26 pp.)

MARITIME LAW**HARBOURS**

Judicial review of False Creek Harbour Authority’s (FCHA) decision not to renew applicant’s lease of storage locker at False Creek Fishermen’s Terminal (Harbour)—FCHA not-for-profit corporation, operating Harbour pursuant to lease agreement signed with Minister of Fisheries and Oceans—Lease requiring that FCHA use leased premises to operate public commercial fishing harbour—Applicant leasing gear storage locker at Harbour but not actively fishing commercially for several years contrary to Harbour’s policy manual; therefore not meeting eligibility requirements—Whether FCHA constituting federal board, commission or other tribunal for purposes of *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7; whether FCHA’s decision in question reviewable under Act, s. 18.1—While *Fishing and Recreational Harbours Act* (FRHA), R.S.C., 1985, c. F-24 not expressly authorizing Minister to delegate authority, s. 8 thereof allowing Minister to delegate authority by lease, licence or agreement—Relevant provisions of FRHA, associated regulations implying authorization for Minister to sub-delegate authority over use, management, maintenance of harbour to lessee—Lessee effectively authorized to operate, manage all aspects of harbour as if Minister having retained control thereof—Wording of lease in present case mirroring Minister’s authority under FRHA, s. 4—Therefore, FRHA impliedly authorizing Minister to delegate authority over use, management, maintenance of Harbour—In present case, lease constituting sub-delegation of Minister’s authority to FCHA—Formalism potentially trumping substance if FCHA characterized as something other than federal board by reason that commercial instrument used as means of delegation—While FCHA constituting federal board, not all decisions thereof reviewable—FCHA’s decision not to renew locker lease constituting private, commercial power, not subject to judicial review given private character of matter, fact decision dictated by private determination, not by law—Therefore, FCHA not exercising public power when deciding to terminate lease—Application dismissed.

ARCHER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-133-11, 2012 FC 1175, Rennie J., judgment dated October 9, 2012, 21 pp.)

LIENS AND MORTGAGES

Action *in rem* against defendant ship for unpaid welding services pursuant to *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 139—Defendant ship built in Canada for benefit of foreign corporation—Builder entering into subcontract with plaintiff to provide skilled welding services thereon—Builder becoming insolvent in course of ship’s construction—Enactment of Act, s. 139 in 2010 creating maritime lien to necessaries men in certain circumstances where none existed before—Whether plaintiff enjoying maritime lien in accordance with Act, s. 139—*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22(2)(n) confirming Federal Court’s jurisdiction regarding claims arising out of contract relating to construction, repair or equipping of ship—Word “construction” missing from Act, s. 139—Resolution of case lying in insertion of word “construction” in *Federal Courts Act*, s. 22(2)(n), exclusion thereof in Act, s. 139(2)(b)—Principle of “presumption of coherence” applicable herein—Argument Parliament parsimonious in omission of word “construction” rejected given presumption that legislator including in statute elements meant

MARITIME LAW—Concluded

to include—When provision specifically mentioning one or more items but silent on other comparable items, silence presumed deliberate, reflecting intention to exclude items not mentioned—Moreover, wording of *Federal Courts Act*, s. 22(2)(m) identical to that of Act, s. 139(2)(a)—Failure to mention words “building” or “construction” in Act, s. 139(2)(b) not constituting slip; Parliament could not have intended to grant maritime lien to individuals constructing ship such as plaintiff—Therefore, Act, s. 139 not applying to individuals having rendered services in respect to construction of ship—Action dismissed.

COMFACT CORPORATION V. HULL 717 (SHIP) (T-2112-11, 2012 FC 1161, Harrington J., judgment dated October 1, 2012, 15 pp.)

PATENTS

PRACTICE

Appeal from Federal Court decision (2012 FC 2) accepting Minister of Health’s (respondent) position refusing to list Canadian Patent No. 2512475 ('475 patent) on patent register since failing to meet requirements of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 4(2)(b)—Appellant filing new drug submission (NDS) seeking approval of drug for treatment of human immunodeficiency virus infection—NDS stating that drug Complera containing three medicinal ingredients (tenofovir, emtricitabine, rilpivirine)—Appellant also submitting eight patents for listing on patent register in relation to Complera, including '475 patent—Informed that '475 patent not eligible for listing since rilpivirine not mentioned in any of '475 patent claims, that patent not meeting matching requirement—Main issues how to correctly interpret Regulations, ss. 4(2)(a), (b); whether respondent’s decision excluding '475 patent from register reasonable—Federal Court erring in law in applying requirements for eligibility under s. 4(2)(b) rather than 4(2)(a) since claims at issue for new combination of medicinal ingredient—Both Federal Court, Minister failing to give sufficient weight to requirement that formulations contain non-medicinal ingredients, set out particular dosage form—Definition of “formulation” in Regulations, s. 2 clear: must contain both medicinal, non-medicinal ingredients—Term “medicinal ingredient” must be read in both singular, plural forms—Overall inventive step of '475 patent constituting combination of chemically stable medicinal ingredients—Therefore, '475 patent falling under Regulations, s. 4(2)(a)—However, relevant claims in '475 patent not meeting requirements of s. 4(2)(a) since lacking strict product specificity regarding three medicinal ingredients listed in NDS (i.e. not specifically referring to rilpivirine)—While Federal Court erring in applying Regulations, s. 4(2)(b) to claims at issue, not erring in reasoning under product specificity analysis, that reasoning equally applicable under s. 4(2)(a)—Appeal dismissed.

GILEAD SCIENCES CANADA INC. V. CANADA (HEALTH) (A-44-12, 2012 FCA 254, Trudel J.A., judgment dated October 9, 2012, 16 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.

BREVETS

PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2012 CF 2) souscrivant à la position du ministre de la Santé (défendeur), qui a refusé d'inscrire le brevet canadien n° 2512475 (le brevet '475) au registre des brevets, étant donné que celui-ci ne répond pas aux exigences du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4(2)b)—L'appelante a déposé une présentation de drogue nouvelle (PDN) dans le but de faire approuver un produit destiné au traitement de l'infection par le virus de l'immunodéficience humaine—La PDN précisait que le médicament Complera contient trois ingrédients médicinaux (ténofovir, emtricitabine, rilpivirine)—L'appelante a également demandé l'inscription de huit brevets au registre des brevets en lien avec Complera, y compris le brevet '475—Elle a été avisée que le brevet '475 ne pouvait pas être inscrit à la liste des brevets, car la rilpivirine n'est mentionnée dans aucune des revendications du brevet '475, et que le brevet ne satisfait pas aux exigences de correspondance—Il était principalement question de savoir : comment interpréter correctement les art. 4(2)a) et b) du Règlement, et si la décision de l'intimé d'exclure le brevet '475 du registre était raisonnable—La Cour fédérale a commis une erreur de droit en appliquant les exigences relatives à l'admissibilité en vertu de l'art. 4(2)b) plutôt que de l'art. 4(2)a), étant donné que les revendications en litige concernent une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux—Tant la Cour fédérale que le ministre n'ont pas donné suffisamment de poids à l'exigence selon laquelle les formulations contiennent des ingrédients non médicinaux, et mentionnent une forme posologique donnée—La définition de « formulation », à l'art. 2 du Règlement, est claire : elle doit comporter tant des ingrédients médicinaux que non médicinaux—L'expression « ingrédient médicinal » englobe la forme plurielle—Dans l'ensemble, l'étape inventive du brevet '475 est constituée d'une combinaison d'ingrédients médicinaux chimiquement stables—Par conséquent, le brevet '475 est assujéti à l'art. 4(2)a) du Règlement—Cependant, les revendications pertinentes du brevet '475 ne satisfont pas aux exigences de l'art. 4(2)a), car elles ne correspondent pas aux détails précis relatifs à trois ingrédients médicinaux cités dans la PDN (c.-à-d. qu'elles ne mentionnent pas expressément la rilpivirine)—Bien que la Cour fédérale ait commis une erreur de droit en appliquant l'art. 4(2)b) du Règlement aux revendications en cause, elle n'a pas commis d'erreur dans son raisonnement quant à l'analyse de la spécificité du produit, et ce raisonnement était également applicable en vertu de l'art. 4(2)a)—Appel rejeté.

GILEAD SCIENCES CANADA INC. c. CANADA (SANTÉ) (A-44-12, 2012 CAF 254, juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 9 octobre 2012, 16 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié portant que le demandeur est interdit de territoire au Canada en vertu de l'art. 36(2)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 pour avoir commis l'infraction pénale prévue à l'art. 159 de la *Loi sur les douanes*,

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1—Le demandeur demeure au Canada à titre de résident temporaire—Alors qu’il revenait au Canada après un séjour en Martinique, il fut arrêté à l’aéroport par un agent des douanes qui a trouvé dans ses bagages une pipe contenant de résidus de résine de cannabis ainsi qu’un petit sac de graines de cannabis—L’importation de cannabis est prohibée en vertu de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19—Le demandeur est un consommateur régulier de cannabis pour des raisons médicales—La SI a jugé que le demandeur était responsable des matières qu’il transportait dans ses bagages bien que le cannabis s’y soit trouvé par négligence ou insouciance—Il s’agissait de savoir si la décision de la SI était raisonnable—L’interprétation du défendeur à l’effet qu’à l’art. 159 de la *Loi sur les douanes*, le simple fait d’introduire ou de tenter d’introduire en fraude constitue chacun une infraction au sens de cette disposition n’a pas été retenue—À la simple lecture de l’art. 159, le fait d’introduire et de tenter d’introduire doivent être frauduleux, que ces gestes soient commis par contrebande ou non clandestinement—La version anglaise confirme cette interprétation—L’emploi du mot « fraude » dans le libellé de l’art. 159 ne peut être sans conséquence : le législateur ne parle pas en vain—La *Loi sur les douanes* est une législation criminelle et donc les crimes qui y sont prévus dégagent un élément criminel de *mens rea*—La SI a donc erré dans son interprétation de l’art. 159 lorsqu’elle a décidé que bien que ce soit par négligence ou insouciance que le demandeur a voyagé au Canada avec du cannabis dans ses bagages, il demeurerait tout de même responsable des matières qu’il transportait—Demande accueillie.

LINISE C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2440-12, 2012 CF 1166, juge Gagné, jugement en date du 3 octobre 2012, 16 p.)

DROIT MARITIME**PORTS**

Contrôle judiciaire de la décision de l’Administration portuaire de False Creek (APFC) de ne pas renouveler le bail du demandeur concernant un local de stockage situé au terminal des pêcheurs du port de False Creek (le port)—L’APFC est une société à but non lucratif constituée en personne morale qui exploite et gère le port aux termes de la convention de bail signée avec le ministre des Pêches et Océans—Le bail exige notamment que l’APFC se serve des lieux loués pour exploiter un port de pêche commercial public—Le demandeur loue à bail un local de stockage de matériel dans le port, mais il n’est pas actif en tant que pêcheur commercial depuis plusieurs années, contrairement aux exigences du Manuel de politiques de l’APFC; il ne satisfait donc pas aux exigences en matière d’admissibilité—L’APFC est-elle un « office fédéral » pour l’application de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7? La décision en cause de l’APFC est-elle susceptible de contrôle, aux termes de l’art. 18.1 de la Loi?—Bien que la *Loi sur les ports de pêche et de plaisance*, L.R.C. (1985), ch. F-24 (la LPPP) n’autorise pas expressément le ministre à déléguer le pouvoir qui lui est accordé, l’art. 8 de celle-ci lui permet de consentir un bail, un permis ou un accord d’exploitation—Les dispositions pertinentes de la LPPP et du règlement connexe laissent supposer que le ministre est autorisé à sous-déléguer à son preneur à bail le pouvoir dont il dispose en matière d’usage, de gestion et d’entretien d’un port—Le preneur à bail est, en effet, autorisé à exploiter et à gérer tous les aspects du port, comme si le ministre en avait conservé le contrôle—Le libellé du bail, en l’espèce, reflète le pouvoir que le législateur accorde au ministre aux termes de l’art. 4 de la LPPP—Par conséquent, la LPPP autorise implicitement le ministre à sous-déléguer son pouvoir en matière d’usage, de gestion et d’entretien d’un port—En l’espèce, le bail constituait une sous-délégation à l’APFC du pouvoir conféré au ministre—Le formalisme pourrait triompher sur le fond si l’on qualifiait l’APFC de quelque chose d’autre qu’un office fédéral, juste parce que l’instrument de délégation était un bail—Bien que l’APFC constitue un office fédéral, ses décisions ne sont pas toutes susceptibles de contrôle—La décision de l’APFC de ne pas renouveler le bail relatif au local de stockage relevait d’un pouvoir commercial de nature privée, et donc n’est pas susceptible de contrôle judiciaire étant donné le caractère privé de l’affaire, et le fait que la décision était dictée par la manière de déterminer la façon de gérer l’entreprise le mieux possible, et non par la loi—Par conséquent, l’APFC n’exerçait pas un pouvoir de nature publique en résiliant le bail—Demande rejetée.

ARCHER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-133-11, 2012 CF 1175, juge Rennie, jugement en date du 9 octobre 2012, 21 p.)

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

Action réelle contre le navire défendeur relativement à des services de soudage impayés, aux termes de l’art. 139 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6—Le navire défendeur a été construit au Canada pour le compte d’une société étrangère—Le constructeur a conclu un contrat de sous-traitance avec la demanderesse pour que celle-ci fournisse

DROIT MARITIME—Fin

des services spécialisés de soudage sur le navire—Le constructeur est devenu insolvable pendant la construction du navire—L'édiction de l'art. 139 de la Loi, en 2010, a créé un privilège maritime en faveur des fournisseurs, dans certaines circonstances, qui n'existait pas jusque-là—La demanderesse bénéficiait-elle d'un privilège maritime, en vertu de l'art. 139 de la Loi?—L'art. 22(2)n) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 confirme la compétence de la Cour fédérale à l'égard des demandes fondées sur un contrat de construction, de réparation ou d'équipement d'un navire—Le terme « construction » ne figure pas à l'art. 139 de la Loi—La clé de cette affaire est que le mot « construction » figure dans l'art. 22(2)n) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et non dans l'art. 139(2)b) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*—Le principe de la « présomption de cohérence » était applicable en l'espèce—L'argument selon lequel le législateur a voulu faire une économie de langage en omettant le mot « construction » a été rejeté, étant donné la présomption selon laquelle le législateur a inclus dans la loi les éléments qu'il entendait inclure—Lorsqu'une disposition fait expressément état d'un ou de plusieurs éléments, mais qu'elle ne dit rien sur d'autres éléments qui sont comparables, on présume que son silence est délibéré et reflète son intention d'exclure les éléments qui ne sont pas mentionnés—De plus, le libellé de l'art. 22(2)m) de la *Loi sur les Cours fédérales* est identique à celui de l'art. 139(2)a) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*—L'omission du terme « construction » à l'art. 139(2)b) de la Loi était volontaire; le législateur ne peut avoir eu pour intention d'accorder un privilège maritime à ceux qui prennent part à la construction d'un navire, comme la demanderesse en l'espèce—Par conséquent, l'art. 139 de la Loi ne s'applique pas à ceux qui ont fourni des services ayant trait à la construction d'un navire—Action rejetée.

COMFACT CORPORATION C. HULL 717 (NAVIRE) (T-2112-11, 2012 CF 1161, juge Harrington, jugement en date du 1^{er} octobre 2012, 15 p.)

FORCES ARMÉES

Contrôle judiciaire d'une décision prise par le Conseil des pensions militaires (CPM) en vertu de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17 (LPRFC) infirmant une décision antérieure portant sur le motif de retraite du demandeur—Dans sa décision, le CPM a modifié la raison de la retraite du demandeur qui tombait dorénavant sous l'art. 16(1)d) de la LPRFC (raison d'invalidité), ce qui lui donnait droit à une pension médicale immédiate—Le demandeur était membre de la force régulière des Forces canadiennes pour de nombreuses années jusqu'à sa libération pour le motif prévu au numéro 5f) de l'art. 15.01 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* à savoir qu'il était « [i]napte à continuer son service militaire »—Ses nombreuses démarches administratives voulant que le motif de sa libération soit modifié pour indiquer qu'il était plutôt libéré pour des « [r]aisons de santé » furent rejetées—Il s'agissait de savoir si le CPM a la compétence pour accorder le remède recherché par le demandeur—Même si le CPM possédait le pouvoir discrétionnaire de changer le motif de libération du demandeur d'« [i]napte à continuer son service militaire » à « [r]aisons de santé » dans le contexte d'une demande de révision judiciaire, la Cour ne peut le contraindre à le faire—Il est clair que la LPRFC ne contient aucune disposition permettant au CPM d'imposer sa décision au chef d'état-major de la défense qui seul possède le pouvoir de déterminer les motifs de retraite d'un membre des forces armées aux termes de l'art. 18 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 et des ordonnances pertinentes—La compétence du CPM se limite à déterminer la raison de retraite d'un membre de la force régulière aux seules fins de l'application de la LPRFC—Le demandeur a déployé des efforts principalement afin de faire reconnaître ses droits à une pension et il a finalement eu gain de cause—Demande rejetée.

DUFOUR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1489-11, 2012 CF 1243, juge Scott, jugement en date du 25 octobre 2012, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU**

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2011 CCI 540) annulant des nouvelles cotisations par l'appelante (le Canada) aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 pour les années d'imposition 2002 et 2003, au motif que les montants inclus dans le revenu de l'intimée (Johnson) n'étaient pas imposables—L'intimée a conclu une entente commerciale avec un particulier, en croyant que les fonds qu'elle lui fournissait seraient investis dans des opérations sur options—L'intimée soutenait que les rentrées nettes reçues de son partenaire commercial n'étaient pas imposables, car elle croyait, en toute innocence, qu'elle recevait sa part de bénéfices après impôt provenant d'opérations sur options—L'intimée ignorait que son partenaire utilisait les fonds pour mettre en œuvre un stratagème à la Ponzi, jusqu'à l'effondrement de celui-ci—Les rentrées nettes de l'intimée provenant d'opérations avec le partenaire en 2002 et 2003 constituaient-elles un revenu tiré

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

d'une source? Les nouvelles cotisations pour 2002 et 2003 étaient-elles prescrites?—L'art. 3a) de la Loi prévoit que le revenu de toutes provenances doit être inclus dans le « revenu » du contribuable pour l'année fiscale—Il n'existait aucune preuve selon laquelle la C.C.I. pourrait raisonnablement conclure que le partenaire avait une obligation contractuelle à l'égard de l'intimée de produire des bénéfices au moyen d'opérations sur options ou de tout autre moyen—L'interprétation restrictive de l'entente entre l'intimée et le partenaire qu'a fait la C.C.I. a mené à des conclusions inexacts dans la détermination à savoir si un montant particulier constitue un revenu tiré d'une source ou une rentrée non imposable—Une personne qui participe à un stratagème à la Ponzi peut être engagée dans des activités qui seraient reconnues comme une entreprise aux fins de l'impôt sur le revenu, même si cette entreprise est illicite—Cette personne est assujettie à l'impôt sur tous les bénéfices tirés du stratagème à la Ponzi; elle peut être autorisée à déduire les pertes qui y sont liées—Par conséquent, l'intimée était tenue, aux termes de l'art. 3a) de la Loi, de déclarer toute rentrée nette provenant du partenaire pour les années 2002 et 2003, dans ses déclarations de revenus pour les années en cause—Étant donné que l'intimée a fait preuve de négligence en omettant d'inclure les paiements reçus dans ses revenus pour 2002 et 2003, les nouvelles cotisations pour les années fiscales en cause n'étaient pas prescrites, car les conditions prévues à l'art. 152(4)a)(i) de la Loi justifiant les nouvelles cotisations tardives étaient satisfaites—Appel accueilli.

JOHNSON C. CANADA (A-491-11, 2012 CAF 253, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 4 octobre 2012, 27 p.)

Déductions

Pertes—Évitement fiscal—Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2011 CCI 507) accueillant l'appel de l'intimée (Global Equity Fund Ltd.) concernant de nouvelles cotisations pour les années fiscales 1999, 2000 et 2001, établies par le ministre du Revenu national—Le ministre se fondait sur la disposition générale anti-évitement (DGAE) en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, afin de refuser d'accorder la perte d'entreprise réclamée par l'intimée à la suite de la disposition d'actions qu'elle détenait—L'intimée a été constituée en société pour investir dans des facilités de crédit et des placements privés—Elle a mis en œuvre une technique de « transfert de valeur » afin de créer des pertes et d'obtenir d'importants avantages fiscaux—Bien que la C.C.I. ait conclu que les opérations en cause étaient tout à fait artificielles, elle n'a pas constaté de recours abusif aux dispositions de la Loi aux termes de l'art. 245(4)—L'intimée a invoqué les art. 3, 4, 9 et 111 de la Loi pour obtenir un avantage fiscal—L'appelante peut-elle se fonder sur de nouveaux arguments, qui n'ont pas été soulevés devant la C.C.I., ou par le ministre, pour établir de nouvelles cotisations à l'égard de l'intimée? Les opérations en cause ont-elles entraîné un recours abusif aux dispositions invoquées par l'intimée, au sens de l'art. 245(4) de la Loi?—L'art. 152(9) de la Loi régit le droit du ministre d'avancer de nouveaux arguments à l'appui d'une cotisation—Les arguments soulevés par l'appelante (le Canada) et pour lesquels aucun fondement probatoire n'a été établi par la C.C.I. causaient un préjudice à l'intimée sur le plan de la preuve; par conséquent, les nouveaux arguments n'ont pas été pris en compte—Les autres nouveaux arguments de l'appelante fondés sur la preuve existante au dossier ont été accueillis—L'examen en vertu de l'art. 245(4) de la Loi comporte deux étapes : la détermination de l'objet ou de l'esprit des dispositions de la Loi invoquées pour obtenir un avantage fiscal, et l'examen du contexte factuel, en vue de déterminer si des opérations d'évitement contrecarrent l'objet ou l'esprit des dispositions en cause—La raison d'être fondamentale qui sous-tend les dispositions en cause est que les pertes d'entreprise doivent s'appuyer sur une réalité commerciale ou économique pour qu'elles puissent être utilisées à des fins fiscales—Bien qu'on puisse appliquer une certaine souplesse au concept de perte d'entreprise, l'interprétation des art. 3, 4, 9 et 111 de la Loi en matière de perte exige à tout le moins une apparence de vraisemblance associée à la perte—La perte générée par l'intimée découlait d'un transfert de valeur d'une catégorie d'actions détenues par celle-ci à une autre catégorie d'actions, ce qui constituait une perte théorique—Les opérations en cause étaient dénuées de sens et hautement artificielles; la perte en question était dénuée de toute apparence de vraisemblance commerciale ou économique associée à celle-ci—Par conséquent, les opérations entraînant la perte allaient à l'encontre de la raison d'être qui sous-tend les art. 3, 4, 9 et 111 de la Loi, dans la mesure où les dispositions permettent le recours à des pertes d'entreprises à des fins fiscales—Appel accueilli.

GLOBAL EQUITY FUND LTD. C. CANADA (A-445-11, 2012 CAF 272, juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 30 octobre 2012, 26 p.)

Gains et pertes en capital

Évitement fiscal—Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2011 CCI 383) rejetant l'appel de l'appelante interjeté à l'encontre d'une cotisation établie en vertu de la disposition générale anti-évitement (la DGAE) de l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, dans laquelle la perte en capital a été refusée—L'appel

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

a été entendu immédiatement après l'appel dans *Triad Gestco Ltd. c. Canada* (2012 CAF 258), affaire semblable relative à la DGAE, devant être publiée dans le R.C.F.—L'appelante, une société contrôlée par un contribuable, a vendu des actions détenues dans une autre société à un acheteur sans lien de dépendance, ce qui a entraîné un gain en capital—Dans cette nouvelle entreprise présentant des risques financiers élevés, le contribuable cherchait à se mettre à l'abri des créanciers; il a suivi un plan d'opérations comptable afin d'atteindre son objectif—Une nouvelle filiale a été constituée en personne morale, dont le contribuable était l'unique administrateur—L'appelante a ensuite transféré des biens ayant une juste valeur marchande équivalant à la perte en capital subie à la nouvelle filiale, en échange d'actions de valeur semblable—Puis, l'appelante a vendu des actions de la nouvelle filiale à un prix inférieur au coût, à une fiducie établie au profit de la famille du contribuable; elle a utilisé la perte en capital qui en a résulté pour diminuer le gain en capital réalisé dans une transaction antérieure effectuée sans lien de dépendance—L'avantage fiscal admis par l'appelante (perte en capital) résultait-il d'une opération d'évitement, au sens de l'art. 45(3) de la Loi? Y a-t-il eu abus ou évitement fiscal abusif dans l'application des règles?—La C.C.I. a eu raison de conclure que toute la série d'opérations avait des objets non fiscaux véritables (la protection contre les créanciers)—Elle a appliqué les critères appropriés pour déterminer si une ou des opérations en litige avaient pour objet principal la réalisation d'avantages fiscaux admis—Rien ne démontrait que l'objectif de protection contre les créanciers nécessitait l'émission d'actions ordinaires d'une nouvelle filiale à l'appelante; l'absence de preuve à cet effet a mené la C.C.I. à conclure que l'émission d'actions ordinaires n'avait pas été effectuée principalement et véritablement dans un but non fiscal—La C.C.I. a suivi l'approche appropriée en déterminant l'objet des séries d'opérations d'une façon objective, plutôt que selon la motivation subjective du contribuable, ou selon la compréhension du contribuable de ce qui était, ou n'était pas requis pour obtenir une protection contre les créanciers—Par conséquent, il était loisible à la C.C.I. de conclure que l'objet principal des opérations était d'obtenir un avantage fiscal admis, et que l'art. 245(4) de la Loi ne s'appliquait pas en l'espèce pour justifier l'annulation des nouvelles cotisations établies au titre de la DGAE—Appel rejeté.

1207192 ONTARIO LIMITED C. CANADA (A-359-11, 2012 CAF 259, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 15 octobre 2012, 10 p.)

